# PERSONENSORGE UND MILIEUGEFÄHRDETE KINDER - DER SCHUTZ DES SEELISCHEN KINDESWOHLS

Inauguraldissertation
zur Erlangung der Doktorwürde der
Juristischen Fakultät
der Eberhard-Karls-Universität zu Tübingen

vorgelegt von

VERONIKA FREY
aus Herrenberg

1987

SOFORT-DRUCK
TÜBINGEN

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41543904_0018

# PERSONENSORGE
# UND MILIEUGEFÄHRDETE KINDER -

# DER SCHUTZ
# DES SEELISCHEN KINDESWOHLS

Inauguraldissertation
zur Erlangung der Doktorwürde der
Juristischen Fakultät
der Eberhard-Karls-Universität zu Tübingen

vorgelegt von

VERONIKA FREY
aus Herrenberg

1987

SOFORT-DRUCK
TÜBINGEN

Dekan: Prof. Dr. Wolfgang Graf Vitzthum

1. Berichterstatter: Prof. Dr. Joachim Gernhuber
2. Berichterstatter: Prof. Dr. Hermann Lange

Tag der mündlichen Prüfung: 16.02.1987

Ich wandte mich um und sah an alle, die Unrecht leiden unter der Sonne, und siehe, da waren Tränen derer, so Unrecht litten und hatten keinen Tröster, und die ihnen Unrecht taten waren zu mächtig, daß sie keinen Tröster haben konnten.

Prediger 4, 1

Inhaltsübersicht

Gliederung I
Literaturverzeichnis V
Abkürzungsverzeichnis XXIII

Einleitung 1

Teil I
Tatsächliche und verfassungsrechtliche Vorgaben 3
A. Tatsächliche Vorgaben 3
1. Existenz psychischer Gefährdungen 4
2. Kausalität psychische Gefährdung-Elternverhalten 12
3. Erkennbarkeit psychischer Gefährdungen 29
Ergebnis von A 37
B. Verfassungsrechtliche Vorgaben 39
1. Inhalt und Ausmaß des Elternrechts 40
a. Elternrecht als Grundrecht 40
b. Pflicht zur Pflege und Erziehung als Inhalt des Grundrechts 42
c. Ausmaß der Pflichtgebundenheit des Elternrechts 46
2. Art und Ausmaß der zulässigen Eingriffe in das Elternrecht 49
a. Wächteramt des Staates 49
b. Pflichtgebundenheit des Wächteramtes 51
aa. an das Kindeswohl 51
bb. an den Verhältnismäßigkeitsgrundsatz 52
c. Trennung des Kindes von seiner Familie 52
Ergebnis von B 55

Teil II

Materiellrechtliche Vorschriften zum Schutz des psychischen Kindeswohls 58

1. § 1666, BGB - Grundtatbestand der Kindeswohlgefährdung 59
   a. Allgemeines zum psychischen Kindeswohl in § 1666 BGB 59
   b. Problem der formelhaften Erwähnung 62
   c. Problem der "subsidiären Behandlung" des psychischen Kindeswohls 64
   d. Problem der mangelnden Erkennbarkeit durch den Richter und schichtspezifische Behandlungsweisen 67
   e. Problem der Eingriffsschwelle 70
      aa. drohender Schaden 72
      bb. Wahrscheinlichkeit des Schadenseintritts, Größe der Gefährdung 76
   f. Bestehen der Gefährdung 86
   g. Gefahrabwendungsbereitschaft der Eltern 89
2. § 1631 a Abs. 2 BGB 94
   a. § 1631 a Abs. 2 BGB als lex specialis zu § 1666 BGB 94
   b. "Eignung und Neigung" 102
3. § 1632 Abs. 4 BGB 104
   a. § 1632 Abs. 4 BGB als lex specialis zu § 1666 BGB 105
   b. "Anlaß und Dauer" 113
      aa. "Anlaß" 114
      bb. "Dauer" 118
      cc. "wenn und solange" 121
4. Abschließende Überlegung zu den Normen des BGB 128
5. Normen des JWG 130
   a. §§ 55, 57 JWG 133
   b. § 64 JWG 137
   c. Zwischenergebnis 140
   d. Bedeutung des JWG neben § 1666 BGB 141

Ergebnis Teil II 152

Teil III
Verfahrensrechtliche Probleme zum Schutz des seelischen Kindeswohls 156
Vorüberlegungen 156
A. Phase I: Vorgerichtliche Phase 157
1. Kenntnisnahme des Jugendamtes 157
2. Tätigkeit des Jugendamtes 166
B. Phase II: Gerichtliche Phase 169
1. Darstellung des Verfahrens 170
2. Sachverhaltsermittlung gem. § 12 FGG 179
a. formlose Ermittlungen 180
b. Strengbeweis 184
aa. Einholung von Sachverständigengutachten 185
bb. Behandlung des Sachverständigengutachtens 196
3. Angemessene Vertretung des Kindes 214
a. § 50 b FGG 214
b. Wahrung der verfahrensmäßigen Rechte des Kindes 221
aa. Wahrung der Rechte des Kindes durch bislang Beteiligte 222
Eltern 222
Anwalt der Eltern 223
Jugendamt 223
Sachverständiger 225
Richter 226
bb. Wahrung der Rechte des Kindes durch einen Verfahrenspfleger 228
4. Kindgerechte Verfahrensgestaltung 235

Exkurs: Kompetenzstreit Familiengericht - Vormundschaftsgericht 237

C. Phase III: Festsetzung der Rechtsfolgen und deren Durchführung 239
1. Bindung des Richters an das Verhältnismäßigkeitsprinzip 241
2. "Anordnungskompetenz" des Vormundschaftsgerichts 243
Zusammenfassung Teil III 251

## Literaturverzeichnis


| | |
|---|---|
| AFET | AFET-Stellungsnahme zum Entwurf eines Vierten Gesetzes zur Änderung des JWG Mitglieder-Rundbrief 1984 Nr. 4 S. 53 ff. |
| AGJ-Kommission | Zur Jugendpolitischen Bedeutung der Neufassung der §§ 1666, 1666 a BGB Forum Jugendhilfe 1984 Heft 3 S. 1 ff. |
| AGJ | Stellungnahme der AGJ zum Referentenentwurf eines Vierten Gesetzes zur Änderung des Jugendwohlfahrtsgesetzes Forum Jugendhilfe 1984, Heft 4 S. 28 ff. |
| Alternativkommentar | Bürgerliches Gesetzbuch Bd. 5 1981 |
| Alternativkommentar | Grundgesetz Bd. 1 1984 |
| Andriessen, Elsa | Kindern rechtzeitig helfen UJ 84, 354 |
| Arndt/Oberloskamp | Gutachtliche Stellungnahmen in der sozialen Arbeit, 1981 |
| Arntzen, Friedrich | Elterliche Sorge und persönlicher Umgang mit Kindern aus gerichtspsychologischer Sicht, 1980 |
| BAG LJÄ | Stellungnahme zur Novellierung des JWG ZfSH 85, 287 |
| Baer, Ingrid | Die neuen Regelungen der Reform des Rechts der elterlichen Sorge für das "Dauerpflegekind" FamRZ 82, 221 ff. |

| | |
|---|---|
| Baer, Ingrid | Stellungnahme zum Entwurf eines Gesetzes zur Neuregelung des Rechts der elterlichen Sorge ZfJ 77, 516 ff. |
| Bärmann, Johannes | Freiwillige Gerichtsbarkeit und Notarrecht 1968 |
| Barth, Klaus | Kindesmißhandlung - ein Überblick aus der Sicht des Jugendamtes ZfJ 86, 236 ff. |
| Becker, Walter | Erziehungsbeistandschaft nach dem Jugendwohlfahrtsgesetz 2. Aufl. 1973 |
| Beitzke, GÜnther | Nochmals zur Reform des elterlichen Sorgerechts FamRZ 79, 8 ff. |
| Belardi, Nando | Soziale Arbeit Bd. 2, 1980 |
| Belchaus, GÜnther | Elterliches Sorgerecht, Kommentar zum Gesetz zur Neuregelung der elterlichen Sorge 1980 |
| Beres, Martin | Das Kindeswohl - Ein Wunschtraum? Versuch einer Bilanz ZfJ 82, 449 ff. |
| Beres, Martin | Das Kindeswohl in der familiengerichtlichen Praxis ZfJ 82, 1 ff. |
| Beres, Martin | Vormundschaftsgerichtliche Maßnahmen - und was geschieht dann? ZfJ 84, 263 ff. |
| Berk, Hermann-Josef | Der psychologische Sachverständige in Familienrechtssachen, 1982 |
| Birk, Rolf | Das Verkehrsrecht der Großeltern FamRZ 67, 3o6 ff. |

| | |
|---|---|
| Bittner, Günther/ Thalmann, Hans-Christian | Über die Verbreitung psychischer Störungen bei Kindern im Grundschulalter Zeitschrift für Pädagogik 1970, 83ff. |
| Böckenförde, Ernst-Wolfgang | Elternrecht - Recht des Kindes - Recht des Staates Zur Theorie des verfassungsrechtlichen Elternrechts und seiner Auswirkung auf Erziehung und Schule in: Essener Gespräche zum Thema Staat und Kirche Bd. 14 1980 S. 54 ff. |
| Böhm, Reglindis | Rechtliche Probleme der Anordnung, Erstellung und Verwertung von Sachverständigengutachten im Rahmen familiengerichtlicher Entscheidungen in Sorgerechtssachen DAVorm 85, 731 ff. |
| Bosch, F.-W. | Rückblick und Ausblick FamRZ 80, 739 ff. |
| Bosch, F.-W. | Familiengerichtsbarkeit - Bewährung und weiterer Ausbau? FamRZ 80, 1 ff. |
| Boxdorfer, Dietrich | Der Begriff der Verwahrlosung Diss. Bielefeld 1974 |
| Brezinka, Wolfgang | Frühe Mutter-Kind-Trennung: in Die Sammlung 1959, 88ff. (2. Heft) |
| Brinckenkamp, Rolf | Handbuch psychologischer und pädagogischer Tests 1975 |
| Brinckenkamp, Rolf | 1. Ergänzungsband zum Handbuch psychologischer und pädagogischer Tests, 1983 |

| | |
|---|---|
| Bumiller/Winkler | Freiwillige Gerichtsbarkeit 3. Aufl. 1980 |
| Bundesministerium für Jugend Familie und Gesundheit | Entwurf eines vierten Gesetzes zur Änderung des Jugendwohlfahrtsgesetzes mit Begründung Stand: 31.3.1985 (zit. BMJFG) |
| Bundesministerium für Jugend Familie und Gesundheit | Kindesmißhandlung: Erkennen und Helfen 1984 |
| Caritas-Verband | Stellungnahme des dt. Caritasverbandes zum Referentenentwurf eines Vierten Gesetzes zur Änderung des Jugendwohlfahrsgesetzes vom 29.8.1984 JuWo 85, 58 ff. |
| Carspecken, F. | Noch einmal: Subsidiarität der Fürsorgeerziehung - zum Beschluß des BGH v. 20.12.1978 - ZfJ 79, 434 ff. |
| Claessens, Dieter | Familie und Wertesystem 3. Aufl. 1979 |
| Coester, Michael | Das Kindeswohl als Rechtsbegriff 1983 |
| Cyran, Wolfgang | Weniger Kinder, mehr Verhaltensstörungen FAZ vom 24.9.1986 S. 8 |
| Danzig, Helga | Kindschaftsrecht 2. Aufl. 1980 |
| Der große Brockhaus | in 12 Bänden 18. Aufl. 1981 |
| Deutscher Kinderschutzbund | Der Anwalt des Kindes, 1983 |

| | |
|---|---|
| Deutscher Verein | Stellungnahme des Deutschen Vereins zum Referentenentwurf eines Vierten Gesetzes zur Änderung des Jugendwohlfahrtsgesetzes NDV 85, 35 ff. |
| Dickmeis, Franz | Die Umgangsbefugnis im Spiegel elterlicher Verantwortung - Versuch einer interdisziplinären Betrachtung ZfJ 82, 271 ff. |
| Diederichsen, Uwe | Die Neuregelung des Rechts der elterlichen Sorge NJW 80, 1 ff. |
| Dührssen, Annemarie | Psychogene Erkrankungen bei Kindern und Jugendlichen 5. Aufl. 1965 |
| Ell, Ernst | Anmerkungen aus psychologischer Sicht zur Regelung der Personensorge ZFJ 80, 319 ff. |
| Ell, Ernst | Der Psychologe als Helfer des Richters ZfJ 80, 531 ff. |
| Els, Hans van | Der Anwalt des Kindes ZfJ 84, 509 ff. |
| Erichsen, Hans-Uwe/ Reuter, Heidrun | Elternrecht - Kindeswohl - Staatsgewalt 1985 |
| Erman | BGB Handkommentar Bd. 2 7. Aufl. 1981 |
| Fehmel, H.-W. | "Diesseits des Kindeswohls" - Gedanken und Anmerkungen zu einer wichtigen Neuerscheinung ZfJ 83, 45 ff. |
| Fehmel, H.-W. | Die Anhörung des Kindes im Sorgerechtsverfahren DAVorm 81, 169 ff. |

| | |
|---|---|
| Fehmel, H.-W. | Nochmals: Kindesanhörung im Sorgerechtsverfahren ZfJ 82, 654 ff. |
| Fehnemann, Ursula | Zur näheren Bestimmung des grundgesetzlichen Elternrechts DÖV 82, 353 ff. |
| Fehnemann, Ursula | Zu den Fragen des Beweiswerts und der verfassungsrechtlichen Zulässigkeit von Tests für Gutachten vor dem Familiengericht FamRZ 79, 661 ff. |
| Ficht, Jürgen | Kann die öffentliche Erziehung die ihr gestellten Aufgaben noch erfüllen? UJ 77, 100 ff. |
| Finger, Peter | Die Herausnahme von Pflegekindern aus der Pflegefamilie nach § 1632 IV BGB ZfJ 85, 342 ff. |
| Focken, Adalbert/ Pfeiffer, Christian | Thesen zur Zusammenarbeit des Jugendrichters mit den jugendpsychiatrisch- psychologischen Sachverständigen RdJB 79, 338 ff. |
| Frankfurter Kommentar | zum JWG hrsg. von Johannes Münder u.a. 2. Aufl. 1981 |
| Franz, Wolfgang | Maßnahmen nach den §§ 1666, 1666 a BGB und die Fürsorgeerziehung FamRZ 82, 349 ff. |
| Friedrichs, H.-J. | Ausbildungs- und Berufskonflikte in der Eltern - Kind - Beziehung (1631 a BGB) ZfJ 80, 313 ff. |

| | |
|---|---|
| Frommann, Matthias | Die Wahrnehmung der Interessen Minderjähriger im vormundschafts - bzw. familiengerichtlichen Erkenntnisverfahren der freiwilligen Gerichtsbarkeit Diss. Frankfurt/M. 1977 |
| Gernhuber, Joachim | Elterliche Gewalt heute FamRZ 62, 89 ff. |
| Gernhuber, Joachim | Kindeswohl und Elternwille FamRZ 73, 229 ff. |
| Gernhuber, Joachim | Lehrbuch des Familienrechts 3.Aufl. 1980 |
| Gernhuber, Joachim | Neues Familienrecht 1977 |
| Giesen, Dirk | Zur Problematik der Einführung einer Familiengerichtsbarkeit in der Bundesrepublik Deutschland, 1975 |
| Gleißl, Renate/ Suttner, Bernhard | Zur Rechtsstellung der Pflegeeltern nach neuem Recht FamRZ 82, 122 ff. |
| Goethe, Wolfgang/ Leussler, Kurt Reinhard | Zur Situation der Einrichtung Erziehungsbeistandschaft UJ 80, 355 ff. |
| Goldstein/Freud/Solnit | Diesseits des Kindeswohls 1982 |
| Goldstein/Freud/Solnit | Jenseits des Kindeswohls 1974 |
| Göppinger, Hans | Praxis der Begutachtung 1974 |
| Göppinger, Horst | Probleme des Rechtsverhältnisses zwischen Eltern und Kindern 1967 |
| Gräber, Fritz | Jugendwohlfahrtsgesetz Kommentar 2. Auflage 1963 |

| | |
|---|---|
| Güllemann, Dirk | Berufs- und Ausbildungswahl zwischen Elternrecht und Kindeswohl MDR 75, 793 ff. |
| Günther, Klaus-Jürgen | Der Begriff der Verwahrlosung im Jugendhilferecht de lege lata et de lege ferenda ZfJ 77, 323 ff. |
| Habscheid, Walther J. | Freiwillige Gerichtsbarkeit 6. Aufl. 1977 |
| Hanslik/Heetfeld/ Schneider/Zellerhoff | Schnellübersicht Neues Eherecht Bd. 3 1981 |
| Hansmann, Klaus | Verfassungsrechtliche Schranken öffentlicher Jugendfürsorge Diss. Münster 1967 |
| Happe, Günter | Die Bedeutung des Verfahrensrechts im Sorgerechtsgesetz für die Jugendhilfe ZfJ 80, 542 ff. |
| Happe, Günter | Hat sich das Jugendwohlfahrtsgesetz auch ohne Jugendhilferechtsreform überlebt? FamRZ 81, 635 ff. |
| Harbauer, Hubert | Kindeswohl contra Elternwille - aus der Sicht eines Kinder- und Jugendpsychiaters in: "Kindeswohl contra Elternwille" hrsg. von Ulrich Gerber 1980 S. 42 ff. |
| Harbauer/Lempp/ Nissen/Strunk | Lehrbuch der speziellen Kinder- und Jugendpsychiatrie 4. Aufl. 1980 |
| Hassenstein, Bernhard/ Uhlmann, Walter | Unterbringung von Kindern UJ 78, 146 ff., 2o1 ff. |

| | |
|---|---|
| Hill, Fritz | Jugendwohlfahrtsgesetz Kommentar 1975 |
| Hinz, Manfred | Elternverantwortung und Kindeswohl Neue Chancen zu ihrer Verwirklichung durch die Rechtsprechung in: Protokolldienst der ev. Akademie Bad Boll 1984 (13) S. 6 ff. |
| Hinz, Manfred | Kindesschutz als Rechtsschutz und elterliches Sorgerecht 1976 |
| Hirsch, Michael | Entzug und Beschränkung des elt. Sorgerechts 1965 |
| Höhne, Norbert | Gerichtliche Kontrolle elterlicher Fehlentscheidungen Diss. Frankfurt 1974 |
| Holtgrave, Walter | Das neue Recht der elterlichen Sorge JZ 79, 665 ff. |
| Holzhauer, Heinz | Die Neuregelung des Pflegekinderverhältnisses ZRP 82, 222 ff. |
| Horndasch, Klaus-Peter | Zum Wohle des Kindes: Möglichkeiten und Grenzen staatlicher Einwirkung auf die Erziehungsverantwortung der Eltern Diss. Göttingen 1983 |
| Iben, Gerhard | Von der Schutzaufsicht zur Erziehungsbeistandschaft 1967 |
| Jans/Happe | Gesetz zur Neuregelung der elterlichen Sorge 1980 |
| Jans/Happe | Jugendwohlfahrtsgesetz Loseblattsammlung, Stand 9. Lieferung Juli 1985 |
| Jansen, Paul | Freiwillige Gerichtsbarkeit 2. Aufl. 1969 |

| | |
|---|---|
| Jessnitzer, Kurt | Der gerichtliche Sachverständige 8. Aufl. 1980 |
| Juristinnenbund | Neues Elterliches Sorgerecht - Alternativentwurf eines Gesetzes zur Neuregelung des Rechts der elterlichen Sorge 1977 |
| Keidel/Kuntze/Winkler | Freiwillige Gerichtsbarkeit Teil A 11. Aufl. 1978 |
| Keller, Heidi/ Meyer, Hans-Jürgen | Psychologie der frühesten Kindheit 1972 |
| Kelly, Joan B./ Wallerstein, Judith S. | Kurzzeitinterventionen bei Kindern aus Scheidungsfamilien Psychosozial 80 Schwerpunktheft Kinder im Recht S. 15 ff. |
| Klemper, Roland | Anmerkung zu BayObLG FamRZ 78, 135 ff. in FamRZ 78, 261 ff. |
| Klenner, Wolfgang | Gedanken über die Anwendung psychologischer Erkenntnisse durch den Familienrichter DAVorm 79, 807 ff. |
| Klußmann, Rudolf W. | Das Kind im Rechtsstreit der Erwachsenen 1981 |
| Klußmann, Rudolf W. | Herausnahme eines Pflegekindes aus seinem bisherigen Lebenskreis DAVorm 85, 169 ff. |
| Knöpfel, Gottfried | Beistand und Rücksicht zwischen Eltern und Kindern (§ 1618 a BGB) FamRZ 85, 554 ff. |

| | |
|---|---|
| Knöpfel, Gottfried | Zur Neuordnung des elterlichen Sorgerechts FamRZ 77, 600 ff. |
| Kramer, Helmut | Elterliches Sorgerecht und Berufsausbildung von Minderjährigen JZ 74, 90 ff. |
| Krech, David/ Crutchfield, Richard S. | Grundlagen der Psychologie, Bd. 1: Theoretische Grundlagen und Entwicklungspsychologie Bd. 6: Persönlichkeitspsychologie und Psychotherapie 1985 |
| Kruchen, Günter | Der gerichtliche Sachverständige als Organ der Zivilrechtspflege Diss. Frankfurt 1973 |
| Krug, Heinz | Gesetz für Jugendwohlfahrt Kommentar, Loseblattsammlung Stand 1. März 1985 |
| Kunz, Wolfgang | Zur Rechtsstellung des Kindes ZfJ 86, 187 ff. |
| Lempp, Reinhart | Die Rechtsstellung des Kindes aus geschiedener Ehe aus kinder- und jugendpsychiatrischer Sicht NJW 72, 315 ff. |
| Lempp, Reinhart | Wer ist Anwalt des Kindes? Blätter der Wohlfahrtspflege 83, 16 ff. |
| Limbach, Jutta | Der Anwalt des Kindes aus juristischer Sicht in: Protokolldienst der ev. Akademie Bad Boll 1983 (14), S. 12 ff. |

| | |
|---|---|
| Lüderitz, Alexander | Die Rechtsstellung ehelicher Kinder nach Trennung ihrer Eltenr im Künftigen Recht der BRD FamRZ 75, 6o5 ff. |
| Lüderitz, Alexander | Elterliche Sorge als privates Recht AcP 178, 263 ff. |
| Luthin, Horst | Nochmals: Zu den durch das Sorgerechtsgesetz normierten Anhörungspflichten FamRZ 81, 1149 |
| März, Max | Das Bundesverfassungsgericht und der "Verfahrenspfleger" des minderjährigen Kindes im Sorgerechtsverfahren FamRZ 81, 736 ff. |
| Maunz/Dürig/Herzog/Scholz | Grundgesetz Kommentar Loseblattsammlung Stand: Mai 1986 |
| Miehe, Olaf | Fürsorgeerziehung und Heimunterbringung nach §§ 1666, 1909 BGB in: Festschrift für Heinz Leferenz 1983 S. 647 ff. |
| Mnookin, Robert H. | Was stimmt nicht mit der Formel "Kindeswohl" FamRZ 75, 1 ff. |
| Münchener Kommentar | Bürgerliches Gesetzbuch 1. Aufl. 1977 ff.; Ergänzungsband 2. Lieferung März 1981 |
| Münder, Johannes | "Wohl des Kindes" in vormundschaftsgerichtlichen und familiengerichtlichen Entscheidungen RdJB 81, 82 ff. |
| Münder, Johannes | Das Beste - aus der Sicht der Gerichte NP 84, 349 ff. |

| | |
|---|---|
| Münder, Johannes | Die Kindererziehung in der Familie nach dem Modell des bürgerlichen Rechts und ihre gesellschaftliche Bedeutung Diss. Münster 1972 |
| Münder, Johannes | Die Zulässigkeit elterlich angeordneter Umgangsverbote RdJB 75, 146 ff. |
| Münder, Johannes | Elterliche Gewalt und Wohl des Kindes RdJB 77, 358 ff. |
| Münder, Johannes | Forum: Elterliche Gewalt und schulische Ausbildung des Jugendlichen JuS 76, 74 ff. |
| Münder, Johannes | Verrechtlichungs- und Entregelungstendenzen im Familienrecht RdJB 84, 199 ff. |
| Oberloskamp, Helga | Zusammenarbeit Jugendamt - Familiengericht Vormundschaftsgericht aus der Sicht der Fachhochschule ZfJ 82, 519 ff. |
| Ollmann, Rainer | Beurteilungsermächtigungen im JWG ZfJ 78, 497 ff. |
| Ossenbühl, Fritz | Das elterliche Erziehungsrecht im Sinne des Grundgesetzes 1981 |
| Palandt | Bürgerliches Gesetzbuch 45. Auflage 1986 |
| Pearson, Gerhard H.J. | Handbuch der Kinderpsychoanalyse 1972 |

| | |
|---|---|
| Pfeuffer, Martin, | Zur Reform der freiwilligen Gerichtsbarkeit Rpfleger 73, 233 ff. |
| Plewig, Hans-Joachim | Ihr wollt immer nur unser Bestes - was haben wir davon? Mitgestaltungsmöglichkeiten der betroffenen Jugendlichen NP 84, 329 ff. |
| Prestien, Hans-Christian | Die Arbeitsweise des Familiengerichts Bielefeld DAVorm 79, 801 ff. |
| Puls, Jutta | Beteiligung von Psychologen und Psychiatern in familiengerichtlichen Verfahren ZfJ 84, 8 ff. |
| Quambusch, Erwin | Für ein Personenrecht mit neuen Konturen ZfJ 74, 138 ff. |
| Reissenberger, Michael | Sorgerecht "im Kreidekreis" AnwBl. 86, 91 |
| Reuter, Dieter | Kindesgrundrechte und elterliche Gewalt 1968 |
| Riedel, Hermann | Jugendwohlfahrtsgesetz 4. Auflage 1965 |
| Roth-Stielow, Klaus | Verfassungsrecht und Kindesvernachlässigung DAVorm 82, 316 |
| Salgo, Ludwig | Brauchen wir den Anwalt des Kindes Vorüber- legungen ZfJ 85, 259 ff. |
| Salgo, Ludwig | Soll die Zuständigkeit des Familiengerichts erweitert werden? FamRZ 84, 221 ff. |
| Schenk-Danziger, Lotte | Entwicklungspsychologie 13. Aufl. 1979 |

| | |
|---|---|
| Schlaich, Klaus | Das Bundesverfassungsgericht 1985 |
| Schleicher, Hans | Zur Neuregelung der elterlichen Sorge ZfSH 80, 33 ff. |
| Schlüter, Wilfried/ König, Bernhard | Die Konkurrenz von Familiengericht und Vormundschaftsgericht - ein ungelöstes Problem FamRZ 82, 1159 ff. |
| Schmidtchen, Stefan | Psychologische Tests für Kinder und Jugendliche 1975 |
| Schmitt Glaeser, Walter | Das elterliche Erziehungsrecht in staatlicher Reglementierung 1980 |
| Schönke/Schröder | Strafgesetzbuch 22. Auflage 1985 |
| Schreiber, Renata | Eignung und Neigung des Kindes in Angelegenheiten der Ausbildung und des Berufes, § 1631 a BGB Diss. Regensburg 1983 |
| Schütz, Harald | Wohl des Kindes - ein schwierig zu handhabender unbestimmter Rechtsbegriff (§§ 1634 II, III, 1666, 1671 II, 1672, 1696 II BGB) |
| Schwab, Dieter | Mündigkeit und Minderjährigenschutz AcP 172, 266 ff. |
| Schwab/Zenz | Gutachten zum 54. Deutschen Juristentag 1982 |
| Seitz, Willi | Erziehungshintergrund jugendlicher Delinquenz in: Auswirkungen elterlicher Erziehungsstile hrsg. von Helmut Lukesch 1975 |
| Simitis, Spiros et al. | Kindeswohl 1979 |

| | |
|---|---|
| Simitis, Spiros | Kindeswohl - eine Diskussion ohne Ende in: Diesseits des Kindeswohls 1982 S. 169 ff. |
| Simitis, Spiros | Kindschaftsrecht - Elemente einer Theorie des Familienrechts in Festschrift für Wolfram Müller-Freienfels 1986 S. 579 ff. |
| Simitis, Spiros | Tendenzen der Rechtsprechung zum Sorge- und Besuchsrecht, 2. Deutscher Familiengerichtstag, 1979 S. 164 ff. |
| Simitis, Spiros | Zur Situation des Familienrechts - über einige Prämissen in: Simitis/Zenz Seminar "Familie und Familienrecht" Bd. 1 S. 15 ff. |
| Simon, Dietrich V. | Die Reform des Rechts der elterlichen Sorge in: Essener Gespräche zum Thema Staat und Kirche Bd. 14 1980 S. 128 ff. |
| Simon, Dietrich, V. | Das neue elterliche Sorgerecht JuS 79, 752 f. |
| Soergel | Bürgerliches Gesetzbuch 11. Auflage 1978 ff. |
| Späth, Karl | Die "unendliche Geschichte" der Jugendhilferechtsreform UJ 85, 11 ff. |
| Staudinger | Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch Bd. IV Teil 3 a 11. Aufl. 1966 § 1619 12. Aufl. 1985 |
| Stephan, Heinz | Hilfe zur Erziehung in Pflegefamilien ZfF 84, 261 ff. |

| | |
|---|---|
| Sternbeck,E./Däther, G. | Das familienpsychologische Gutachten in Sorgerechtsverfahren FamRZ 86, 21 ff. |
| Süßmuth, Rita | Elterliche Verantwortung in unterschiedlichen Familiensituationen in: Protokolldienst der ev. Akademie Bad Boll 1984 (13) S. 6o ff. |
| Südwestpresse Tübingen | Rausschmisse kommen nicht vor 24.5. 1986 (Lokalteil) |
| Tausch, Reinhard und Annemarie | Erziehungspsychologie 8. Aufl. 1977 |
| Trapmann/Liebetreu/ Rotthaus | Auffälliges Verhalten im Kindesalter, 5. Aufl. 1976 |
| Vent, Helmut | Die Rechtsstellung des Erziehungsbeistandes de lege lata und de lege ferenda RdJB 80, 240 ff. |
| Wegener, Hermann | Anmerkungen zu OLG München NJW 79, 6o3 in NJW 79, 1253 ff. |
| Wegener, Hermann | Einführung in die forensische Psychologie, 1981 |
| Wegener, Hermann | Zur Zusammenarbeit des psychologischen Sachverständigen mit dem Familienrichter ZfJ 82, 493 ff. |
| Wendt, Gerd | Zum Entwurf eines Änderungsgesetzes zum Jugendwohlfahrtsgesetz - ein interessanter Vorschlag zum falschen Zeitpunkt - ZfF 85, 53 ff. |
| Wessels, Johannes | Strafrecht Allgemeiner Teil 15. Auflage 1985 |

| | |
|---|---|
| Wiesner, Reinhard | Die Kompetenz des Vormundschaftsgerichts bei der Abwehr von Gefahren für das Kindeswohl ZfJ 81, 509 ff. |
| Zenz, Gisela | Die Entscheidung in Ausbildungs- und Berufsangelegenheiten in Simitis/Zenz Seminar "Familie und Familienrecht" Bd. 2 S. 91 ff. |
| Zenz, Gisela | Elterliche Sorge und Kindesrechte StAZ 73, 257 ff. |
| Zenz, Gisela | Kindesmißhandlung und Kindesrechte 1979 |
| Zenz, Gisela | Vorwort in Psychosozial 80 Schwerpunktheft Kinder im Recht S. 5 ff. |
| Zenz, Gisela | Zur Reform der elterlichen Gewalt AcP 173, 527 ff. |
| Zimmermann, Walter | Praktikum der Freiwilligen Gerichtsbarkeit 2. Aufl. 1986 |
| Zuleeg, Manfred | Familienpolitik und Verfassungsrecht FamRZ 80, 21o ff. |


Zitierweise:

Die jedermann bekannten Kommentare werden nur mit dem Namen der Verfasser nach der neuesten Auflage zitiert. Lehrbücher und Monographien werden nur im Literaturverzeichnis mit allen bibliographischen Angaben angeführt, in den Fußnoten mit dem Namen ihrer Verfasser; wenn Mißverständnisse möglich sind, ist ein Stichwort aus dem Sachtitel angefügt. Aufsätze werden grundsätzlich nur mit Verfasser und Fundstelle (also ohne Titel) genannt. Sofern der Beginn eines Aufsatzes nicht mit der konkret in Bezug genommenen Fundstelle übereinstimmt, werden beide Stellen angegeben.

## Verzeichnis ungewöhnlicher Abkürzungen

| | |
|---|---|
| AFET | Allgemeiner Fürsorgeerziehungstag |
| AGJ | Arbeitsgemeinschaft für Jugendhilfe |
| AnwBl | Anwaltsblatt |
| BAG LJÄ | Bundesarbeitsgemeinschaft der Landesjugendämter |
| BZRG | Bundeszentralregistergesetz |
| DAVorm | Der Amtsvormund |
| DFGT | Deutscher Familiengerichtstag |
| FAZ | Frankfurter Allgemeine Zeitung |
| FE | Fürsorgeerziehung |
| FEH | Freiwillige Erziehungshilfe |
| FEVS | Fürsorgerechtliche Entscheidungen der Verwaltungs- und Sozialgerichte |
| FN | Fußnote |
| FRES | Entscheidungssammlung zum gesamten Bereich von Ehe und Familie |
| FS | Festschrift |
| GjS | Gesetz über die Verbreitung jugendgefährdender Schriften |

| | |
|---|---|
| JA | Jugendamt |
| JFG | Jahrbuch für Entscheidungen in Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit und des Grundbuchrechts |
| JMBlNRW | Justizministerialblatt Nordrhein Westfalen |
| JuWo | Jugendwohl |
| KGJ | Jahrbuch für Entscheidungen des Kammergerichts in Sachen der freiwilligen Gerichtsbarkeit, in Kosten-, Stempel- und Strafsachen |
| NDV | Nachrichtendienst des Deutschen Vereins für öffentliche und private Fürsorge |
| NP | Neue Praxis |
| RA | Rechtsausschuß |
| RdJB | Recht der Jugend und des Bildungswesens |
| SchlHA | Schleswig-Holsteinische Anzeigen |
| SorgeRG | Gesetz zur Neuregelung des Rechts der elterlichen Sorge |
| StAZ | Zeitschrift für Standesamtwesen |
| UJ | Unsere Jugend |
| ZfF | Zeitschrift für das Fürsorgewesen |
| ZfSH | Zeitschrift für Sozialhilfe |
| ZRP | Zeitschrift für Rechtspolitik |

## Einleitung

Die vorliegende Arbeit befaßt sich mit dem Schutz des seelischen Kindeswohls.

Ausgangspunkt war die Beobachtung vieler mit Kindern in Berührung kommender Personen, daß häufig Kinder durch mangelnde Beachtung ihrer seelisch/psychischen Bedürfnisse in ihrer häuslichen Umgebund in den Bereich der Assozialität oder gar der Delinquenz "abrutschen".
Hilfe über das Jugendamt ist in den meisten dieser Fälle nicht zu erreichen, da die Eltern jeder Vorsprache des Jugendamtes ablehnend und abwehrend gegenüberstünden. Oft resigniere in solchen Fällen auch das Jugendamt selbst und gebe Kontaktversuche mit diesen Familien auf. Gerichtliche Hilfe durch das Vormundschaftsgericht werde vom Jugendamt selten beantragt, von Privatpersonen noch seltener und vom Gericht wegen mangelnder Beachtung des seelischen Kindeswohls kaum gewährt.

Die rechtlichen Möglichkeiten einer Hilfe für Kinder in solchen Situationen sollen im folgenden untersucht werden. Auszugehen ist dabei von Kindern, die in einer "normalen" Familiensituation leben, d.h. bei beiden Elternteilen (die auch nicht in einem Haushalt getrennt leben) oder bei der nichtehelichen Mutter. Die Familiensituation ist also für Außenstehende noch normal vorhanden und "intakt", obwohl den Kindern dort wenig Beachtung, oft sogar Mißachtung entgegengebracht wird.

Weiterhin sollen nur die Fälle untersucht werden, in denen die Eltern zu keiner Zusammenarbeit mit dem Jugendamt bereit sind und jegliche Kontaktaufnahme mit diesem und seinen Mitarbeitern ablehnen.

Die betroffenen Kinder sind in diesen Fällen idR selbst noch wehrlos - weil recht jung. Zur tatsächlichen Wehrlosigkeit tritt die rechtliche Handlungsunfähigkeit hinzu, die eine Beschränkung der vorliegenden Untersuchung auf Kinder unter 14 Jahren angemessen erscheinen läßt.

Für diese Fallkonstellationen soll untersucht werden, auf welche Weise ein Schutz des seelisch/psychischen Kindeswohls verwirklicht werden kann.

Nicht behandelt werden die Fälle, die in jüngster Zeit vor allem in Berlin auftraten, in denen sich ausländische Jugendliche durch eine Erziehung im Kulturkreis und in der Tradition ihres Heimatlandes in ihrem seelischen Wohl beeinträchtigt fühlten. In diesen Fällen geht es idR nicht um lieblose oder mißachtende Behandlung der Kinder, sondern um den Widerstreit zweier Kulturkreise, weshalb diese Fälle hier ausgespart bleiben.

Ebenso sollen untypische, durch Scheidung oder Getrenntleben bedingte Familiensituationen keine Beachtung finden, da für sie spezielle Normen gelten.

Zudem ist noch zu erwähnen, daß die Begriffe seelisches und psychisches Kindeswohl hier synonym verwendet werden.

## Teil I: Tatsächliche und verfassungsrechtliche Vorgaben

### A. Tatsächliche Vorgaben

Am Anfang dieser Untersuchung ist die Frage nach der Relevanz der hier aufgeworfenen Problemlage zu stellen. Ist es überhaupt notwendig, daß der Schutz des psychischen Kindeswohls vor Gefährdungen untersucht wird? Hält man dies für notwendig, so werden damit zwei Prämissen impliziert, die es zunächst zu untersuchen gilt. Diese Prämissen, die zuerst noch verifiziert werden müssen, sind folgende:

a) Gefährdungen des psychischen Kindeswohls sind vorhanden.

b) Gefährdungen des psychischen Kindeswohls sind nicht rein endogen, sondern können kausal - zumindest zum Teil - auf Fehlverhalten der Eltern zurückgeführt werden.

Nur wenn sich diese Prämissen verifizieren lassen, kann davon ausgegangen werden, daß das Problem der psychischen Gefährdungen bei Kindern auch ein Problem des Kindesschutzes im Rechtssystem sein kann, denn § 1666 Abs. 1 BGB normiert ausdrücklich, daß das Vormundschaftsgericht nur eingreifen kann und darf, wenn die Gefährdung des Kindeswohls auf irgendeine Weise kausal mit dem elterlichen Verhalten verknüpft werden kann.

Dieser erste Teil soll diese zwei Prämissen näher untersuchen und damit die praktische Relevanz der Fragestellung festlegen.

## 1. Existenz psychischer Gefährdungen

Will man die Existenz psychischer Gefährdungen nachprüfen, so ist zunächst einmal zu klären, was man darunter verstanden wissen will. Als psychische Gefährdung soll hier ein Zustand angesehen werden, der einen psychischen Schaden mit einiger Wahrscheinlichkeit nach sich ziehen kann (über den Grad der Wahrscheinlichkeit, der erreicht sein muß, um eine juristisch relevante Gefährdung zu bejahen, siehe unten Teil II)[1].

Auch hier öffnet sich wiederum eine Definitionslücke mit der Frage nach dem Wesen eines psychischen Schadens. Dazu wurden in der Psychologie verschiedene Modelle entwikkelt[2]. Diese Modelle gehen von der Definition der Anomalie oder des "abnormen Verhaltens" aus, und kommen je nach den verschiedenen Ausgangspunkten zu verschiedenen Ergebnissen. Als "Extrakt" aus diesen Modellen und in Hinblick darauf, daß nicht bloß Anomalie, sondern der psychische Schaden definiert werden soll, wird hier folgende kombinierende Betrachtungsweise vorgeschlagen:

Als psychischer Schaden soll künftig ein Zustand bezeichnet werden (und somit die psychische Gefährdung als dessen Vorstufe), bei dem sich a) eine Person entweder durch willentlich gesteuertes oder unbewußtes Verhalten zu den tolerierten oder tolerierbaren Normen der Allgemeinheit in Gegensatz setzt und/oder sich b) jemand durch einen inneren Leidensdruck belastet oder verunsichert fühlt und dieser persönliche Leidensdruck über das Maß des üblichen,

1) MünchKomm-Ergänzungsband-Hinz § 1666, 26; Alternativkommentar-Münder § 1666, 18; Palandt-Diederichsen § 1666, 3.
2) zu diesem und dem folgenden vgl.Krech/Crutchfield Bd. 6 S. 97 ff.

nach gewisser Zeit wieder verschwindenden "Mißmutsgefühls" hinausgeht.

Psychische Störungen und Gefährdungen sind jedoch "an sich" nicht erkennbar, sondern nur durch ein dadurch beeinflußtes Verhalten gegenüber der Umwelt. Dabei sind solche Fälle, in denen die psychsiche Störung/Gefährdung durch Verhaltensabweichungen von der Norm in Erscheinung treten, relativ leicht zu erfassen, denn jede Gesellschaft reagiert in irgendeiner Weise auf normabweichendes Verhalten. Durch diese gesellschaftliche Reaktion lassen sich solche Fälle leicht ausfindig machen. So wird die Reaktion auf ein destruktives, sadistisches oder sexuell abartiges Verhalten eines Kindes selten ausbleiben.

Schwieriger verhält es sich mit Gefährdungen, die sich nicht in dem Maße äußern, daß die Gesellschaft mit Sanktionen darauf reagiert, sondern sich die Verhaltensabweichung im Rahmen des tolerierbaren bewegt, oder sich der persönliche psychische Leidensdruck nicht durch auffälliges Verhalten, sondern durch Introvertiertheit äußert.

Denn ein psychischer Schaden oder eine psychische Gefährdung fällt der Umwelt gar nicht auf und wird ihr nicht lästig, wenn er sich etwa in häuslichen depressiven Stimmungen oder als Enuresis nocturna äußert. Eine solche Gefährdung kann für den Betroffenen gleichwohl erdrückend sein und eine ärztliche Behandlung erforderlich machen. Den Betroffenen wegen mangelnder "Umweltbeeinträchtigung" aber als psychisch gesund darzustellen ist mit dem Menschenbild des Grundgesetzes nicht vereinbar. Es gilt, das einzelne Individuum vor Schaden zu bewahren und nicht nur darauf zu achten, daß der Einzelne die Gesellschaft nicht stört.

Hier gilt es, auch das kleinste Zeichen als Anzeichen einer psychischen Gefährdung zu erkennen und nicht erst

auf ein betroffenes Kind aufmerksam zu werden, wenn es für seine Umwelt ärgerlich oder störend wird[3], sondern schon dann, wenn es mit kleinen Anzeichen um Hilfe bittet[4]. Dazu ist es notwendig, daß allgemein die Merkmale - auch die kleinsten - , die auf eine psychische Gefährdung hinweisen können, erkannt werden.

Psychische Störungen/Gefährdungen können sich in vielerlei Hinsicht manifestieren. Sie können zum einen durch psychische Symptome die Aufmerksamkeit auf sich ziehen zum anderen aber auch durch körperliche Symptome[5].

So können Symptome psychischer Störungen sein:

Daumenlutschen, Nägelbeißen, Haareausreißen, Spiel- und Lernstörungen, Lügen, Stehlen, Aggressivität, pathologische Ängste, depressive Reaktionen und pathologische Zwangserscheinungen als Anzeichen vorwiegend im psychischen Bereich. Im körperlichen/physischen Bereich kommen als Manifestationen psychischer Störungen in Betracht: Schlafstörungen, Jactationen (stereotype Bewegungen, die Kinder ausführen, wenn sie sich selbst überlassen sind, vor allem beim Einschlafen), Tics, psychogene[6] Anfälle und Lähmungen, Kopfschmerzen, Mutismus, Stottern, respiratonische Affektkrämpfe, Appetitstörungen, Obstipationen oder Diarrhoen, Enuresis (Bettnässen), Enkropesis (Einkoten).

Dabei ist jedoch zu beachten, daß neurotische Symptome

3) Krech/Crutchfield Bd. 6 S. 99 ff.
4) Andriessen UJ 84, 354 ff. (356).
5) s. dazu Nissen in Harbauer/Lempp/Nissen/Strunk S. 20 ff., 109 ff.
6) psychogen = Krankheitsbilder, bei denen das seelische Erleben des Menschen eine krankheitsverursachende oder mitbedingende Wirkung hat, Strunk in Harbauer/Lempp/Nissen/Strunk S. 142.

oder Symptome psychischer Störungen keineswegs stets bedeuten, daß eine Neurose oder ein anderer psychischer Schaden vorliegt[7]. Stets ist genau zu prüfen, ob nur eine vorübergehende Verhaltensauffälligkeit vorliegt, die sich noch im Bereich des Normalen bewegt, oder ob es sich schon um eine neurotische Entwicklung handelt. Im Grunde genommen ist diese Fragestellung keine andere als die Frage nach der Abgrenzung von gesund und krank oder die Grenzziehung zwischen "Kindeswohl" und dessen Gefährdung. Dabei kann leider nicht übersehen werden, "daß der Krankheitsbegriff bei psychogenen Reaktionen sehr stark eingegrenzt ist" und auf eine große Anzahl neurotischer Zustandsbilder und Verhaltensweisen nicht angewendet wird. "Nur einem bestimmten Sektor im neurotischen Gesamtgeschehen wird im allgemeinen eigentlicher Krankheitswert zuerkannt"[8]. Genausowenig wie die Verhaltensweisen, die außerhalb dieses Sektors liegen als "krank" eingestuft werden, werden sie - da sie ja noch im Rahmen des Normalen liegen - als Zustand der Kindeswohlgefährdung klassifiziert, was dazu führt, daß Hilfemaßnahmen für die Kinder gegen den Willen ihrer Eltern meist ausbleiben und "eine anfänglich vielleicht noch harmlose und leicht korrigierbare Situation ... sich auf diesem Weg lawinenartig auswachsen kann"[9].

Um festzustellen, ob schon ein Gefährdungszustand vorliegt sind vorallem Erfahrungen und Untersuchungen der einschlägigen Fachwissenschaften heranzuziehen. So kann auch bei weniger auffälligen Verhaltensweisen aufgrund von Fachwissen festgestellt werden, ob es sich um eine psychische Störung, also um eine Verhaltensauffälligkeit, die über das Maß des Üblichen hinausgeht, handelt. Es kann dann

7) Nissen in Harbauer/Lempp/Nissen/Strunk S. 110; Dührssen S. 125.
8) Dührssen S. 123.
9) Dührssen S. 124.

etwa gesagt werden, daß Daumenlutschen in Gesellschaft bei einem Schulkind nicht mehr in den Bereich des Normalen fällt, genausowenig wie Enuresis im späten Grundschulalter oder starke Spielstörungen, während sich ein daumenlutschender Säugling oder ein noch nicht "sauberes" Kleinkind, das bettnäßt, noch im Rahmen des Normalen bewegen.

Neben diesen Erfahrungen und Untersuchungen ist aber auch noch eine vergleichende Betrachtung bezüglich ähnlicher Verhaltensweisen bei Erwachsenen angebracht. Während ein Erwachsenen, der an einem Tic, an einem Zwangssymptom oder an Enuresis leidet, baldmöglichst zum Arzt geschickt wird um sich behandeln zu lassen[10], kann ein Kind, wenn seine Eltern eine Behandlung nicht wollen oder zulassen, idR nicht in den Genuß einer ärztlichen oder therapeutischen Behandlung kommen. Es bleibt dem Erziehungsverhalten seiner Eltern ausgesetzt, die meist versuchen, die Symptome mit Schlägen, Essensentzug oder Drohungen zu bekämpfen. Dies ist jedoch meistens der falsche Weg und führt nur zu zusätzlichen Frustrationen[11]. Dabei wäre bei einem Kind eine ärztliche oder therapeutische Behandlung in gleichem Maße angebracht wie bei einem Erwachsenen.

Als Kennzeichen der Gefährdungssituation sollte deshalb auch das Kriterium gelten, ob für einen Erwachsenen in vergleichbarer Situation ärztliche oder therapeutische Hilfe erforderlich wäre (es ist dabei von den Fällen auszugehen, in denen der Arzt oder Therapeut nach Untersuchung des Patienten eine Behandlung für erforderlich hält und nicht etwa eine Änderung der Lebensgewohnheiten ausreichend wäre, wie etwa bei starken Kopfschmerzen die Einschränkung des Alkohol-, Nikotin- und Fernsehkonsums). Würde für einen Erwachsenen eine Behandlung

10) Beispiel von Dührssen S. 123.
11) vgl. Nissen in Harbauer/Lempp/Nissen/Strunk S. 191 bzgl. Flüssigkeitsentzug bei Enuresis.

erforderlich erachtet, so sollte dies auch für ein Kind als angemessen und angebracht betrachtet werden. Dies soll natürlich nicht nur bei ärztlicher Behandlung wegen auffälligem Verhalten gelten, sondern ebenso bei einem bestehenden persönlichen Leidensdruck. Ist bei einem Kind ein solcher erkennbar und würden Erwachsene bei Leidensdruck in derselben Stärke einer Behandlung für bedürftig erachtet, so sollten auch für Kinder dieselben Maßnahmen in Betracht gezogen werden.

Die Berechtigung dieses Kriteriums als Gefährdungsindiz zeigt folgende Überlegung: eine Behandlung - gleichgültig ob jetzt ärztlicher oder therapeutischer Natur - soll dazu dienen, einen Schaden (Krankheit) zu beheben bzw. darauf hinzuwirken, daß er erst gar nicht entstehen kann. In letzterem Fall befindet sich der Betroffene noch nicht in der "Schadensphase" sondern in deren Vorphase, der "Gefährdungsphase". Wenn nun bei einer bestimmten Situation, die bei zwei verschiedenen Personen, nämlich einem Erwachsenen und einem Kind vorliegt, nur einer - der Erwachsene - zum Arzt geschickt wird, wird ihm zuerkannt, daß er sich zumindest im Stadium der Gefährdung befindet. Die Verneinung einer vorliegenden Gefährdung beim Kind kann guten Gewissens aber nur für solche Situationen vertreten werden, die für Kinder noch im Bereich des Normalen liegen. So wie man etwa einen Erwachsenen mit Masern sofort in ärztliche Behandlung schickt, wohingegen ein Kind diese "Kinderkrankheit" normalerweise ungefährdet ohne ärztliche Behandlung und Überwachung gut durchstehen kann.

Es wird deshalb hier folgender Vorschlag zur Definition einer seelischen Gefährdung gemacht:

Eine seelische Gefährdung soll als gegeben angesehen werden, wenn ein Kind in einem nicht mehr altersentsprechenden oder tolerierbaren Maße von normalen Verhaltensweisen

abweicht oder einem nicht mehr tolerierbaren Leidensdruck ausgesetzt ist. Dabei ist das Maß des Normalen nach Erfahrungen und Untersuchungen der einschlägigen Fachwissenschaften zu bestimmen. Als weiteres Indiz soll herangezogen werden, ob bei einem Erwachsenen in vergleichbarer Situation eine ärztliche oder therapeutische Behandlung angebracht und erforderlich wäre. Bei Anwendung dieser Abgrenzungsregeln kann eine vernünftige Trennung von Gefährdung und Nicht-Gefährdung erreicht werden:

Der 12-jährige Nasebohrer oder Nägelkauer würde in aller Regel nicht als gefährdet eingestuft werden, ebensowenig der 15-jährige, der nachts nur mit seinem Teddy schlafen kann. Hingegen würde ein 12-jähriger Bettnässer, ein übermäßig aggressives Kind oder ein spiel- oder lerngestörtes Kind von normaler Intelligenz sehr wohl vom Gefährdungsbegriff umfaßt.

Schließlich ist noch die Frage nach der Häufigkeit psychischer Gefährdungen zu stellen. Dies ist vor allem bezüglich der psychischen Gefährdungen bei Kindern wichtig, da diesen in aller Regel nicht zugestanden wird "psychisch gefährdet" zu sein, sondern sie sollen sich im Ernstfall "nicht so anstellen" oder auch "zusammenreißen". In kinderpsychiatrischen Untersuchungen wird von verschiedenen Zahlen ausgegangen, die jedoch alle erschreckend hoch sind: sie schwanken zwischen 5 - 6 % der 10-jährigen Kinder[12] bis zu 30 % der Gesamtbevölkerung[13].

An diesen Untersuchungen mögen Zweifel angebracht sein und die Übertragung von US-amerikanischen Ergebnissen auf die Bundesrepublik Deutschland ungerechtfertigt erscheinen, doch sollte man bei der Überlegung der Häufigkeit von

12) Nissen in Harbauer/Lempp/Nissen/Strunk S. 111.
13) Krech/Crutchfield Bd. 6 S. 103.

psychischen Gefährdungen bei Kindern folgendes nicht aus den Augen lassen:

- Die Zahl der Zeitungsberichte über Kindesmißhandlungen und Kindesvernachlässigungen mehren sich, und mit jeder körperlichen Mißhandlung ist auch eine psychische Gefährdung verbunden.

- Kindergärtnerinnen und Hortleiterinnen klagen zunehmend über verhaltensgestörte, verhaltensauffällige und vor allem äußerst aggressive Kinder[14].

- Die Zahl der Sonderschüler, die nicht wegen angeborener Lernschwäche in einer Sonderschule sind, sondern wegen umweltbedingten Lernstörungen und psychischen Störungen - bei normaler oder überdurchschnittlicher Intelligenz - macht in manchen Sonderschulen bereits die Hälfte der Schüler aus.

Bedenkt man weiterhin noch die gleichbleibend hohe Zahl von Kinder- und Jugendlichensuiziden und Suizidversuchen, von sog. "verkrachten Existenzen" im jungen Erwachsenenalter und die steigende Zahl Jugendlicher in Sekten und im Drogenmilieu, so kann schlechterdings nicht verneint werden, daß das Problem von psychischen Gefährdungen bei Jugendlichen und Kindern existent und relevant ist[15]. Aber auch wenn es sich nur um eine kleine Zahl von Betroffenen handelte: diesen zu helfen und diese zu schützen sollte auch Aufgabe des Staates sein. Das Argument fehlender Häufigkeit ist nur ein scheinbares: Mörder gibt es

14) vgl. auch Cyran FAZ vom 24.9.86 S. 8.
15) so auch Nissen in Harbauer/Lempp/Nissen/Strunk S. 110: "Neurotische Störungen und sich formierende Neurosen sind bei Kindern und Jugendlichen nicht selten".

gewiß nicht viele in der Gesellschaft, sie werden aber trotzdem vom Gesetzgeber "bedacht".

Zusammenfassend kann somit festgestellt werden, daß psychische Gefährdungen auch bei Kindern auftreten und vorhanden sind und sich durch Verhaltensauffälligkeiten äußern. Als Zustand der Gefährdung sollte dabei ein nicht mehr altersgemäßes oder tolerierbares Abweichen vom normalen Verhalten oder ein nicht mehr im Bereich des Normalen liegender Leidensdruck angesehen werden, bei dem für einen Erwachsenen eine ärztliche oder therapeutische Behandlung erforderlich wäre.

## 2. Kausalität psychische Gefährdung - Elternverhalten

Bevor auf die Möglichkeit einer Kausalität von Elternverhalten für eine psychische Gefährdung des Kindes eingegangen werden kann, muß geklärt werden, ob überhaupt durch Umwelteinflüße die Entwicklung eines Kindes beeinflußt oder geschädigt werden kann. Dazu gibt es verschiedene Theorien[16], von denen hier die wichtigsten erklärt werden sollen.

a) **Biologische Entwicklungstheorie**
Sie geht davon aus, daß Wachstum und Reife von genetisch codierten Sequenzen entweder allein oder in Wechselwirkung mit der Umwelt bestimmt werden.

16) s. dazu Nissen in Harbauer/Lempp/Nissen/Strunk S. 13 ff.

b) **Theorie des Interaktionismus**
Diese Theorie geht von einer kognitiven und moralischen Entwicklung des Kindes aus, wobei die kognitive Entwicklung vor allem genetisch bestimmt ist. Die Hauptvertreter gehen dabei davon aus, daß das Kind sich trotz der Widerstände seiner Umwelt auf seine Identität hin, die genetisch bestimmt ist, entwikkelt.

c) **Milieutheorie**
Hierbei wird die Dominanz des Milieus in den Mittelpunkt der Entwicklung des Kindes gestellt.

d) **Psychoanalytisches Modell**
Ausgehend von diesem Modell wird die Entwicklung des Kindes durch das Aufeinandertreffen und die Konfrontation von gesellschaftlichen Normen (Umwelt) und angeborenen Energien (Trieben) gesteuert.

Trotz der Vielfalt der Theorien und Modelle ist es heute allgemein anerkannt, daß die Entwicklungsbedingungen eines Kindes - und damit auch die Ursachen von psychischen Gefährdungen - sowohl im biologisch-genetisch-konstitutionellen Teil als auch in der Umwelt zu suchen sind. Der Streit geht im wesentlichen eigentlich "nur" um die Dominanz eines der beiden Bereiche.

So kann auch bei psychischen Gefährdungen und ihren "Endformen", den Neurosen, nicht von einer ausschließlichen Bedingtheit durch Umweltfaktoren ausgegangen werden. Zahlreiche Untersuchungen sprechen dafür, daß an der Entwicklung neurotischer Störungen regelmäßig auch biologische Faktoren beteiligt sind. Ihre Gewichtsverteilung läßt sich jedoch nicht generell festlegen, sondern muß in jedem Einzelfall ermittelt werden, wobei sie sich meist nur

abschätzen läßt[17].

Diese Einzelheiten können hier jedoch außer Ansatz bleiben, allein wichtig ist, daß die psychischen Gefährdungen auch umweltbedingt sind, d.h. beeinflußbar. Diese Beeinflußbarkeit besteht auch in der Weise, daß nicht jedes Ereignis zu jeder Lebensphase eines Menschen denselben Einfluß ausübt. Der Einfluß kann einmal stark sein, dann wiederum kann er von anderen Einflüssen überlagert und abgeschwächt, u.U. sogar völlig kompensiert werden[18].

Diese Prämissen hat auch der Gesetzgeber als gültig anerkannt, wie aus dem Wortlaut von § 1666 und § 1696 BGB hervorgeht. Aus diesen Paragraphen ist abzulesen, daß Gefährdungen (auch seelischer Art!) durch Eltern verursacht und durch Zeitablauf und/oder Behandlung wieder abgewendet werden können.

Die Kausalität von Umwelt/Milieu und psychischen Gefährdungen ist also grundsätzlich möglich.

Es stellt sich somit die Frage, ob psychische Gefährdungen von Kindern zu Recht auf Fehlverhalten von Eltern zurückgeführt werden, oder ob nicht den Eltern zu Unrecht die Schuld an psychischen Gefährdungen ihrer Kinder gegeben wird. Um dies zu klären, muß zunächst einmal dargestellt werden, wie die Entwicklung eines Kindes verläuft und auf welche Weise es die Einflüsse, die die Umwelt auf es ausübt, verarbeitet.

Für eine normale und gesunde Entwicklung eines Kindes ist nicht nur die Befriedigung physischer und physiologischer Bedürfnisse wichtig und ausreichend; auch die emotionale

17) Nissen in Harbauer/Lempp/Nissen/Strunk S. 15.
18) Krech/Crutchfield Bd. 6 S. 70, 83.

Zuwendung und die soziale Stimulation nehmen einen ebenso großen Stellenwert ein[19].

Dies zeigen deutlich Erkenntnisse, die schon um die Jahrhunderwende wissenschaftlich von Pädiatern (v. Pfaundler, Ibrahim, Czerny) erarbeitet und später durch Untersuchungen von Psychoanalytikern (Spitz) belegt wurden[20].

In Waisenhäusern oder sonstigen Säuglings- und Kinderheimen wurden Kinder zwar ausreichend mit Nahrung, Bekleidung, Wärme, frischer Luft etc. versorgt, eben mit allen notwendigen physischen Lebensnotwendigkeiten, sie bekamen jedoch keine oder nur ein äußerst geringes Maß an emotionaler Zuwendung. Diese Kinder zeigten in der Folge schwere Verhaltensstörungen, psychische Störungen oder auch unerklärbare körperliche Krankheiten. Diese Reaktion des Kindes auf emotionale Mangelsituationen[21] wird allgemein als "psychischer Hospitalismus", "Separations-" oder "Deprivationssyndrom" oder auch als "Verkümmerungssyndrom" bezeichnet[22]. Häufig wandten sich die Kinder auch "in einem komplizierten Prozeß gegen sich selbst" und starben[23]. Dieser eigentümliche Prozeß des Marasmus[24] war früher die Hauptursache für die hohe Sterblichkeit in Heimen und war wohl auch die Ursache für den mißglückten Versuch des Stauferkaisers Friedrich II, die Ursprache der Säuglinge zu erforschen[25]. Tod durch Marasmus als Extremfolge des sog. "Hospitalismus" ist heutzutage - hoffentlich und zum Glück - nur noch ein theoretisches Problem[26], jedoch tre-

19) Belardi S. 163.
20) Nissen in Harbauer/Lempp/Nissen/Strunk S. 85.
21) Nissen in Harbauer/Lempp/Nissen/Strunk S. 85.
22) weitere Bezeichnungen bei Nissen in Harbauer/Lempp/Nissen/Strunk S. 84.
23) Claessens S. 86.
24) Marasmus = tödlicher Kräfteverfall (Claessens S. 88).
25) Friedrich II ließ verwaiste Neugeborene durch Ammen und Wärterinnen bei bester pflegerischer Betreuung, aber dem strengen Verbot mit den Kindern zu sprechen oder sie zu liebkosen, aufziehen, um ihre Ursprache zu erforschen. Alle Kinder starben.
26) so Nissen in Harbauer/Lempp/Nissen/Strunk S. 86.

ten "mildere" Formen des Hospitalismus auch noch häufig in unseren Kulturkreisen auf.

Ein ungestörtes emotionales Beziehungsverhältnis zwischen Kind und Pflegeperson ist also eine unumgängliche Voraussetzung für die gesunde Entwicklung eines Kindes[27].

Dieses emotionale Beziehungsverhältnis besteht in unserem Kulturkreis auch heute vor allem zwischen Mutter und Kind. Dies ist in der heutigen "emanzipatorischen" Auffassung nicht so sehr das Produkt des Verhaltens chauvinistischer Männer, die Kindererziehung als "Frauensache" bezeichnen, als vielmehr eine zwangsläufige Folge biologischer Gegebenheiten: die Frau bringt ein Kind zur Welt und nur eine Frau kann ein Kind stillen. Auch der einige Wochen dauernde Mutterschutz vor und nach der Geburt wird nur der Mutter gewährt, wobei als Beweggrund neben dem Erholungsbedürfnis der Frau von der Geburt auch noch die Pflege des Säuglings und das Stillen des Kindes durch die Mutter eine Rolle spielt.

Gleichwohl ist die Rolle der emotionalen Bezugsperson des Kindes nicht auf die Mutter fixiert: Es sind weder "Blutsbande" die "sprechen", noch sind es Verhaltensweisen, die typisch weiblich wären, die als Eigenschaft dieser Bezugsperson gefordert werden. Der Vater oder auch eine nicht-verwandte Person (gleichgültig welchen Geschlechts) kann ebenso gut die Rolle der Bezugsperson übernehmen[28].

Dabei ist es wichtig, daß ein Kind eine dauerhafte emotio-

27) Schenk-Danziger S. 35, 66 ff.; Dührssen S. 71; Belardi S. 160; Claessens S. 86.
28) Claessens S. 85 für "weibliche Dauerpflegeperson", dies gilt jedoch genauso für "männliche Dauerpflegepersonen".

nale Beziehung zu stets derselben Person aufbauen kann. Jede Unterbrechung und jeder Wechsel der Bezugsperson kann sich negativ auf das Kind auswirken[29].

Für die Entstehung dieses Bindungsprozesses ist vor allem das 1. Lebensjahr des Kindes von Bedeutung[30]. Die Möglichkeit für das Kind, in dieser Phase eine tragfähige Bindung zu entwickeln, ist auch für das weitere Leben des Kindes von enormer Bedeutung: Die Qualität dieser ersten Bindung hat großen Einfluß auf die Qualität späterer Bindungen[31] und auf die Fähigkeit von Kindern, Bindungen überhaupt eingehen zu können. Wie wichtig die Fähigkeit, später andere Bindungen einzugehen ist, zeigt die Tatsache, daß durch eine spätere Bindung ein Kind in die Lage versetzt werden kann, frühe traumatische Erfahrungen zu kompensieren[32] und seelische Gefährdungen selbst abzuwenden.

Neben der frühen emotionalen Beziehung, die für ein Kind wichtig ist, ist für die kindliche Entwicklung der Erfahrungserwerb und der Lernprozeß von Bedeutung.

Dieser Lernprozeß vollzieht sich beim Kleinkind vor allem durch den Erwerb von bestimmten Reflexen, von "Anmutungen", "Valenzen" oder "Gefühlstönen"[33]. Die dem Kind - zuerst von seiner primären Bezugsperson, dann aber auch von anderen dazu kommenden Personen - entgegengebrachten Verhaltensweisen "modellieren erst gröber, dann differenzierter das auf Entgegenkommen eingerichtete Verhalten des

29) Nissen in Harbauer/Lempp/Nissen/Strunk S. 16; Claessens S. 91 ff.; Schenk-Danziger S. 66; Keller/Meyer S. 152; Belardi S. 163.
30) Nissen in Harbauer/Lempp/Nissen/Strunk S. 69; Brezinka S. 100 f.
31) Krech/Crutchfield Bd. 6 S. 71; Tausch S. 145.
32) Krech/Crutchfield Bd. 6 S. 70.
33) Dührssen S. 52.

Kindes"[34]. Das fängt an bei rein physischen Lernprozessen, daß etwa die Bezugsperson verstärkt mit Liebeszuwendung reagiert bei Beherrschung der Sauberkeit, während bei fehlender Beherrschung es zu Konflikten führen kann[35], setzt sich aber fort in allen anderen Bereichen menschlichen Verhaltens.

Kinder in frühen Reifungsstufen sind dabei den Gefühlserlebnissen stärker ausgeliefert und tragen diese ersten Eindrücke sehr lange mit sich herum[36], während die Fähigkeit kognitiv inhaltliche Vorstellungen zu erwerben, erst später hinzutritt[37].

Die Bewertung von Verhaltensweisen in diesen Situationen, in denen primäres Erziehungsverhalten verbindlich ist, werden vom betroffenen Kind aufgenommen und internalisiert und bilden die Gundlage für Motivationen späteren Verhaltens[38]. Bei diesem frühen und stabilen Erfahrungserwerb, bei dem sich diese Erfahrungen oft "unaufhebbar in die Seele graben"[39] spielt eine bedeutende Rolle auch die häusliche Atmosphäre, in der das Kind aufwächst. "Die ganze Fülle täglich von neuem und gleichsinnig wirkenden Einzelerfahrungen, ihre ständige Wiederholung, ihre tägliche Wiederkehr verleiht ihnen zusätzlich die nachhaltige Wirksamkeit"[40] durch unbewußte aber tiefe und dauerhafte Auf- und Übernahme der darin enthaltenen Werte und Haltungen[41].

Mit steigendem Alter nimmt jedoch das Lernverhalten des

34) Claessens S. 95.
35) Nissen in Harbauer/Lempp/Nissen/Strunk S. 17.
36) Dührssen S. 58 ff.
37) Dührssen S. 52.
38) Claessens S. 122 f.
39) Dührssen S. 52.
40) Dührssen S. 56.
41) Claessens S. 123.

Kindes aufgrund kognitiver Fähigkeiten zu. Mit zunehmenden außerfamiliärem Kontakt lernt das Kind, sich in einem Kreis von Gleichaltrigen einzuordnen und macht die Erfahrung, daß auch andere Werte oder Verhaltensweisen als die familiären Geltung beanspruchen. Diese kognitiven Erfahrungen und die Auseinandersetzung des Kindes mit der Aussenwelt nehmen starken Einfluß auf sein Selbstwertgefühl und seine Selbstachtung. Zur Förderung dieser Selbstachtung ist ein positives Bemühen der das Kind umgebenden Personen erforderlich[42], dies umso mehr, wenn das Kind erleben muß, daß es den in seine Person gesetzten Erwartungen nicht in vollem Maße gerecht wird[43]. Um dem Kind dann hilfreich zur Seite zu stehen, ist von den Eltern sowohl ein Moment der Hilfe als auch ein Moment der Freiheit, die dem Kind gewährt werden soll[44] erforderlich. Es kann also festgehalten werden, daß für die Entwicklung eines Kindes eine frühe emotionale Beziehung von genauso großer Bedeutung ist wie ausreichende physische Versorgung und daß im Entwicklungsverlauf die Einstellung der Umgebung des Kindes auf dieses einen prägenden und bleibenden Einfluß ausübt.

Dieser Einfluß besteht zwar nicht ständig in gleichem Maße und stets unwiderruflich, aber wichtige "Weichen" werden durch frühe Erfahrungen gestellt[45], die noch lange weiterwirken.

Aus dem oben dargestellten Gang des Entwicklungsprozesses eines Kindes wird der dominierende Einfluß der Eltern und der häuslichen Umgebung erkennbar:

42) Tausch S. 55.
43) Nissen in Harbauer/Lempp/Nissen/Strunk S. 19 für Schulschwierigkeiten.
44) Pearson S. 57 für Hilfe; Claessens S. 113 f. für Freiheit.
45) Krech/Crutchfield Bd. 6 S. 83.

Die erste Bezugsperson ist in der Regel der Elternteil, der die Aufgaben der Haushaltsführung und der Kindererziehung übernimmt. Wollen beide Ehepartner diese Rolle nicht übernehmen, so fällt die Rolle der Bezugsperson im günstigsten Fall einer Oma, im ungünstigsten Fall niemandem zu, wenn das Kind auch keine tragfähige Beziehung zu Erziehern und Pflegern im Hort oder Kindergarten finden kann. Aber auch wenn das Kind eine ständige Bezugsperson gefunden hat, die nicht identisch mit seinen leiblichen Eltern ist, muß berücksichtigt werden, daß abends, morgens und an den Wochenenden das Kind idR bei seinen leiblichen Eltern ist, also bei Personen, an die es keine engen Beziehungen knüpft und knüpfen kann und die ihm deshalb "fremd" sind. Auch diese "Fremdheit" der Eltern übt - wegen ihrer ständigen Präsenz - starken Einfluß auf das Kind aus.

Später, wenn die erste emotionale Beziehung nicht mehr das einzige oder treibende Moment für die kindliche Entwicklung ist, wirkt sich der Einfluß der Eltern über ihre Einstellung und Haltung dem Kind gegenüber aus. Diese Einstellung drückt sich in jeder Kontaktaufnahme (oder deren Unterlassen) aus[46]: Gerade weil sich ein Kind seinem häuslichen Umfeld idR nicht entziehen kann (bzw. erst später, wenn es schon Jahre hindurch diesen Einflüssen ausgesetzt war) und weil sich intensive Lernprozesse über die meist unbewußte Prägung der frühen Eindrucksübermittlung vollziehen, ist auch hier der elterliche Einfluß sehr groß. Unter diesem Gesichtspunkt wird auch verständlich, warum bei elterlichem Fehlverhalten gerade die frühen Lebensabschnitte so wesentlich sind. Wenn sich hier gefühlsmäßige Erfahrungen besonders tief und nachhaltig eingraben, ist es auch einsichtig, daß ungünstige seeli-

46) so auch Sears/Maccoby/Levin; zit. nach Bittner/Thalmann Zeitschrift für Pädagogik 1970, 83 ff.

sche Einflüsse durch Fehlverhalten der Elterns lebensschädigende Folgen haben können[47]. "Die ursprünglich an erwachsenen Neurotikern gewonnene These, daß seelische Fehlentwicklungen regelmäßig auf pathogene peristatische[48] Störungen in bestimmten Kindheitsphasen zurückweisen, wurde durch Direktbeobachtungen an Säuglingen und Kleinkindern inzwischen bestätigt. Zur Neurose führt im allgemeinen nicht das einmalige seelische Trauma, sondern die chronische psychotoxische Umweltkonstellation, der das Kind übrigens nicht nur in den vulnerablen Phasen der Säuglings- und Kleinkinderzeit ausgesetzt ist, sondern auch weiterhin ausgesetzt bleibt, weil die Haltungen und Persönlichkeitsstrukturen seiner Erzieher sich im allgemeinen nicht ändern"[49].

Jahrelange Vernachlässigung und Ablehnung eines Kindes durch die Eltern führen zu Ausbildung von psychischem Hospitalismus[50], mangelnde Hilfe oder Selbstbestärkung zu psychischen Krankheiten von denen eine Neurose noch als Vorzug angesehen werden muß, da sie leicht erkannt wird[51], Über- oder Unterforderung eines Kindes kann zu psychischen Störungen führen[52], so wie sich auch jede tiefgreifende Störung in der emotionalen Eltern-Kind-Beziehung in einer psychischen Gefährdung niederschlagen kann[53].

So können viele Verhaltensauffälligkeiten, die eine psychische Gefährdung indizieren, auf Störungen im emotiona-

47) Dührssen S. 52.
48) pathogen peristatisch = umweltbedingt krankheitserregend.
49) Nissen in Harbauer/Lempp/Nissen/Strunk S. 110.
50) Nissen in Harbauer/Lempp/Nissen/Strunk S. 85.
51) Pearson S. 58, 59.
52) Dührssen S. 74 ff.
53) bei länger anhaltendem oder stärkerem Einwirken kann diese Gefährdung bis zur Delinquenz führen, s. dazu Seitz S. 111 ff. (117 ff.).

len Eltern-Kind-Bereich zurückgeführt werden bzw. auf Eindrücke, die das Kind in früher Kindheit aus seiner Umwelt aufnahm.

So kann *Daumenlutschen*[54] zurückgeführt werden auf Mangel an Zuwendung, vermehrte Gleichgültigkeit oder Ablehnung in früher Kindheit[55].
*Nägelbeißen*[56] kann auf eine einengende Erziehung, überängstliche oder feindselige Erziehungspersonen zurückgeführt werden[57].
*Haareausreißen* kann als eine Erscheinungsform des Hospitalismus gelten: Eine emotionale Störung in der Mutter-Kind-Beziehung der frühen Kindheit führt wie beim Hospitalismus zu einer depressiven Grundstimmung, die mit Frustrationsintoleranz und verstärkter Regressionsbereitschaft gepaart ist. Gleichzeitig führt die fehlende emotionale Zuwendung oder abrupte Schwankungen im Verhalten der Erziehungsperson(en) von übergroßer Zärtlichkeit bis zur feindseligen Ablehnung zu einer auffälligen Koppelung von Aggressionsimpulsen und Zärtlichkeitsbedürfnis, die sich durch das Symptom des Haareausreißens äußert[58].
*Spiel- und Lernstörungen* sind meist ein unmittelbares

54) zu beachten ist, daß dabei nicht das "normale" Daumenlutschen eines Kleinstkindes oder auch das Daumenlutschen eines Schulkindes vor dem Einschlafen gemeint ist, beides hält sich noch im Rahmen des Normalen und Tolerierbaren, sondern daß jeweils die Formen angesprochen sind, die die Voraussetzung einer "Gefährdung" erfüllen, beim Daumenlutschen also ein Auftreten auch tagsüber in Gesellschaft anderer, etwa in der Schule, in einem höheren Alter.
55) Nissen in Harbauer/Lempp/Nissen/Strunk S. 21; Trapmann/Liebetreu/Rotthaus S. 37.
56) nahe verwandt auch das "Picasyndrom" bei dem Kinder alle möglichen Substanzen annagen und verschlucken, vgl. Nissen in Harbauer/Lempp/Nissen/Strunk S. 22.
57) Nissen in Harbauer/Lempp/Nissen/Strunk S. 22; Trapmann/Liebetreu/Rotthaus S. 118 f.
58) Nissen in Harbauer/Lempp/Nissen/Strunk S. 24; Trapmann/Liebetreu/Rotthaus S. 89.

Symptom einer neurotischen Fehlentwicklung[59], die ihre Wurzel im Familienmilieu hat. Fehlen die Verfügbarkeit der Bezugsperson, eine harmonische Familienatmosphäre und ausreichende räumliche und soziale Verhältnisse, so kann dies zu Spiel und Lernstörungen führen[60].

Auch *Lügen* können auf das elterliche Erziehungsverhalten zurückgeführt werden[61]. Kinder, die durch häufiges Lügen auffallen, sind meistens gekennzeichnet durch das Vorherrschen eines primären Mißtrauens statt eines primären Vertrauens. Dieses Mißtrauen wird durch das Fehlen einer dauerhaften liebe- und vertrauensvollen Beziehung und durch ständig sich wiederholende Enttäuschungen im Kontakt- und Liebesstreben des Kindes hervorgerufen[62]. Diesen Kindern fehlt die vertrauensvolle Bindung an einen Erwachsenen, wie sie bei einer ungestörten emotionalen Beziehung innerhalb einer Familie anzutreffen ist.

*Stehlen* ist oft auch ein Hinweis auf gefühlsarme Eltern-Kind-Beziehungen. Ein Kind stiehlt z.B., um sich selbst einen Liebesersatz zu beschaffen oder um bewußt der elterlichen Gleichgültigkeit zu trotzen. Auch Kontaktschwierigkeiten, die das Kind durch das Verschenken von Diebesgut überwinden will, rühren oft von häufig wechselndem Elternverhalten her[63].

*Aggressivität*[64] ist meistens die Reaktion auf erlittene Frustration, die bei Kindern im Mangel an liebevoller

59) Nissen in Harbauer/Lempp/Nissen/Strunk S. 25.
60) Nissen in Harbauer/Lempp/Nissen/Strunk S. 27.
61) vgl. schon Pestalozzi: "Die Lügen der Kinder sind das Werk der Eltern", zit. nach Nissen in Harbauer/Lempp/Nissen/Strunk S. 32.
62) Nissen in Harbauer/Lempp/Nissen/Strunk S. 32; Trapmann/Liebetreu/Rotthaus S. 113.
63) Nissen in Harbauer/Lempp/Nissen/Strunk S. 34; Trapmann/Liebetreu/Rotthaus S. 161 f.
64) auch hier ist nicht die tägliche Aggressivität oder deren verstärktes Auftreten im "Trotzalter" gemeint, sondern es ist an den Fall zu denken, in dem Kinder ohne ersichtlichen Anlaß (nicht ohne "vernünftigen"!) mit zerstörerischen Tendenzen alles zerreißen, zerschlagen oder beschmutzen.

Zuwendung und Anerkennung zu sehen ist. Aber auch einengende Erziehungsmethoden, eine Erziehung durch Strafen oder auch eine erzieherische Toleranz ohne Maß und Ziel können Aggressivität hervorrufen[65].

*Pathologische Ängste* sind auf inkonsequente und schwankende pädagogische Haltungen, ablehnende und feindselige Einstellungen der Eltern dem Kind gegenüber oder falsche Erziehungspraktiken (z.B. durch das Einimpfen von unsinnigen Angstvorstellungen "nachts kommt der schwarze Mann und holt dich, wenn du nicht brav bist", "Onanie ist Sünde") zurückzuführen[66].

*Depressive Reaktionen* - eine Form des Hospitalismus - sind auf häufigere oder über längere Zeit andauernde Entbehrungen und Mängel in der personalen Zuwendung und Pflege zurückzuführen, aber auch autoritär-repressive oder vernachlässigende Erziehungsstile führen dazu[67].

*Pathologische Zwangsneurosen* sind in der Regel Abwehrmechanismen, die in der für das Kind unerträglichen Spannungssituation zwischen eigenen Wünschen und Trieben und Forderungen und Geboten der Eltern gebildet werden. Dabei sind die Forderungen der Eltern meist überstreng und liebearm und führen so zu einer drangsalierenden, ängstigenden und die Eigenproduktivität lähmenden Gewissensbildung des Kindes, das auf diese Weise versucht, den Anforderungen gerecht zu werden (z.B. pedantische Wasch-, Ordnungs- und Kontrollzwänge)[68].

*Schlafstörungen* sind zumeist auf einen Zustand der inneren Beunruhigung und Erregung zurückzuführen. Besonders häufiger Grund für diesen Zustand sind abendliche Streitigkeiten der Eltern vor den Kindern[69].

65) Nissen in Harbauer/Lempp/Nissen/Strunk S. 39 f.; Trapmann/Liebetreu/Rotthaus S. 10 f.
66) Nissen in Harbauer/Lempp/Nissen/Strunk S. 116; Trapmann/Liebetreu/Rotthaus S. 23 f.
67) Nissen in Harbauer/Lempp/Nissen/Strunk S. 122 f.
68) Nissen in Harbauer/Lempp/Nissen/Strunk S. 126 ff.
69) Strunk in Harbauer/Lempp/Nissen/Strunk S. 146; Trapmann/Liebetreu/Rotthaus S. 124 f.

*Jactationen* (Kopfwerfen) sind ebenfalls Erscheinungsformen des Hospitalismus. Nicht unbedingt einzige Ursache, aber auf alle Fälle ein wichtiges, förderndes Element für dieses Symptom bildet eine lieblose Atmosphäre (bei Heimkindern wird dieses Symptom besonders häufig angetroffen) und/oder eine unvernünftig strenge Erziehung mit Einengung der normalen Bewegungsbedürfnisse. Auch Unausgeglichenheit und Schwankungen im Maß der Zuwendung fördern Jactationen, die damit vor allem als "Ersatzbefriedigung" für einen Mangel an liebevoller Zuwendung angesehen werden müssen[70].

*Tics bzw. Ticartige Bewegungen*[71] sind auf verschiedenartige Elternhaltungen zurückzuführen. So können Überforderung des Kindes, Willkürhaltungen der Eltern, lieblose Einstellungen aber auch massive Spannungen in der Ehe der Eltern zu mehr oder weniger stark ausgeprägten Tics führen. Die betrofffenen Kinder erscheinen unfähig, ihre Aggressionen, Wut, ihren Ärger und Neid auf andere Weise auszudrücken, und der Tic des Kindes stellt seinen "stummen Protest" gegen die häusliche Atmosphäre dar[72].

*Psychogene Anfälle* sind in der Regel auf eine Identitätskrise zurückzuführen, die ihre Wurzel in einer fehlenden oder abgebrochenen Vater-Mutter-Kind-Beziehung hat. Auch Angstgefühle oder erhöhte häusliche Spannungen fördern ihr Auftreten. Dabei ist das erste Auftreten idR als Notsignal an die Umgebung zu bewerten[73].

*Psychogenen Lähmungen* liegt meist eine Überforderung oder

70) Strunk in Harbauer/Lempp/Nissen/Strunk S. 148; Trapmann/Liebetreu/Rotthaus S. 99 f.

71) auch hier soll wieder darauf hingewiesen werden, daß ein eingeschliffener Bewegungsablauf ohne emotionalen Hintergrund nicht als Tic iSd psychischen Gefährdung anzusehen ist, wenngleich bei der Annahme des fehlenden emotionalen Hintergrundes Vorsicht geboten ist, Strunk in Harbauer/Lempp/Nissen/Strunk S. 150.

72) Strunk in Harbauer/Lempp/Nissen/Strunk S. 150; Trapmann/Liebetreu/Rotthaus S. 179 f.

73) Nissen in Harbauer/Lempp/Nissen/Strunk S. 210.

ein traumatisches Erlebnis zugrunde. Schwere Belastungen in sexueller Hinsicht (z.B. Inzestversuche) führen bei sonst unauffälligen Mädchen oft zu dieser Symptomatik[74]. *Kopfschmerzen* haben häufiger als idR angenommen ihre Ursache im psychischen Bereich. So können sie oft auf Überforderung durch die Eltern in Bezug auf Schulleistungen oder auf familiäre Konfliktsituationen zurückgeführt werden[75]. *Mutismus* kann auf zwei entgegengesetzte Verhaltensweisen der Eltern zurückgeführt werden: Zum einen kann er auf Kontaktschwierigkeiten beruhen, die durch die Beeinträchtigung oder den Mangel an emotionaler Zuwendung in frühester Kindheit hervorgebracht wurden; zum anderen kann er auf einer streng introvertierten Familiensituation mit einer starken Abschirmung gegen die Außenwelt beruhen, wobei er dann meist beim ersten näheren Kontakt zur Umwelt auftritt[76]. *Stottern* ist teilweise auf überpedantische Sprecherziehung zurückzuführen, oft hat es seinen Hintergrund aber in tiefgehenden emotionalen Belastungen des Kindes, die aus der familiären Atmosphäre entstehen, wie etwa autoritäres und dominierendes Vaterverhalten oder Verhinderung der kindlichen Selbstverwirklichung durch Unterdrückung des Mitteilungsdrangs des Kindes[77]. *Respiratorische Affektkrämpfe* (Aussetzung der Atmung in der Exspirationsphase bei erregtem Schreien) sind nicht selten auf grobe erzieherische Fehler, vor allem lieblose und rigide Haltungen der Bezugspersonen zurückzuführen. "Diese sind nicht in der Lage, einfühlsam auf die kindlichen Entfaltungs- und Verselbständigungsbedürfnisse einzugehen. Ungeduld, abruptes Unterbrechen der kindlichen Beschäftigung, plötzliches Konfrontieren des Kindes mit

74) Strunk in Harbauer/Lempp/Nissen/Strunk S. 152.
75) Strunk in Harbauer/Lempp/Nissen/Strunk S. 155.
76) Strunk in Harbauer/Lempp/Nissen/Strunk S. 157; Trapmann/Liebetreu/Rotthaus S. 154.
77) Strunk in Harbauer/Lempp/Nissen/Strunk S. 160 f.; Trapmann/Liebetreu/Rotthaus S. 165 ff.

angsterregenden Situationen, übersteigerte Anforderungen an die Folgsamkeit sind charakteristische Auslöser eines ersten Affektkrampfes"[78].

*Appetit- und Eßstörungen* können auf mangelnder Zuwendung, Bevormundung und/oder Überforderung des Kindes, aber auch auf einer Ambivalenzhaltung der Mutter gegenüber dem Kind beruhen, wobei bei letzterer Ursache die "Hingabe an das Kind" diese Ambivalenzhaltung überdecken soll, die jedoch in der Gewaltsamkeit, mit der das Essen erzwungen wird, wieder zum Vorschein kommt[79].

*Obstipationen oder Diarrhoen* sind oft auf psychische Faktoren zurückzuführen. So sind Obstipationen auf pedantisches und einengendes Erziehungsverhalten zurückführbar! sie bilden auch den somatischen Ausdruck der Aufgabe autonomer Selbstbehauptung, mit der sich Kinder Geborgenheit und emotionale Zuwendung erkaufen wollen. Diarrhoen treten bei besonders sensiblen Kindern häufig auf, die so ihrer schweren chronischen Belastung durch hohe, z.T. abnorme emotionale Beziehungen unter den Angehörigen Ausdruck verleihen[80].

*Enuresis* (Bettnässen) kann einerseits das Produkt inkonsequenter oder überfordernder Reinlichkeitserziehung sein, meistens ist es jedoch ein Zeichen für eine Störung der Mutter-Kind-Beziehung, wobei Ungeduldshaltungen, Lieblosigkeit oder kompensatorische, einengende Bemutterung als auslösende Faktoren zu nennen sind. Wiederholter Milieuwechsel in den ersten Lebensjahren und Kontaktprobleme aufgrund mangelnder emotionaler Zuwendung im Kindesalter sind ebenso häufig als Ursachen anzutreffen[81].

*Enkropesis* (Einkoten) ist ein Zeichen für eine stärkere psychische Gefährdung/Schädigung als es bei der eng ver-

78) Strunk in Harbauer/Lempp/Nissen/Strunk S. 163.
79) Strunk in Harbauer/Lempp/Nissen/Strunk S. 167 f.; Trapmann/Liebetreu/Rotthaus S. 54 f.
80) Strunk in Harbauer/Lempp/Nissen/Strunk S. 179, 182.
81) Strunk in Harbauer/Lempp/Nissen/Strunk S. 186 f.; Trapmann/Liebetreu/Rotthaus S. 29 ff.

wandten Enuresis der Fall ist. Fördernd stellen sich ein zu früher Beginn und eine zu strenge Durchführung der Reinlichkeitserziehung dar, die bei Nichtbefolgung mit strenger Bestrafung verbunden wird, aber auch fehlendes mütterliches Einfühlungsvermögen und schwerwiegende familiäre Konflikte lassen sich als Ursache feststellen[82].

Diese dargestellten Anzeichen für Gefährdungssituationen, die alle auf elterliches Verhalten zurückgeführt werden können, machen deutlich, daß elterliches Fehlverhalten starken Einfluß auf die psychische Entwicklung des Kindes hat. Wird nicht versucht, diese Gefährdungen abzuwenden, können sich die hinter den Symptomen verbergenden psychischen Störungen leicht in eine tiefgreifende psychische Schädigung umwandeln, die dann das Kind idR sein ganzes Leben lang belastet.

Die Augen dürfen nicht davor verschlossen werden, daß Kinder auf diese Weise ihre beginnende psychische Krankheit und ihren anders nicht möglichen Protest gegen mangelhafte Erziehung auszudrücken versuchen. Die schon lang erkannte Tatsache der Notwendigkeit einer liebevollen Erziehung und emotionalen Zuwendung für eine normale Entwicklung sollte auch ins Bewußtsein der Allgemeinheit bzw. zumindest der entscheidenden Stellen bei JA und Vormundschaftsgericht rücken, ebenso wie die Anerkennung der psychischen Gesundheit als ein der physischen Gesundheit gleichwertiges Gut.

82) Strunk in Harbauer/Lempp/Nissen/Strunk S. 193 f.

## 3. Erkennbarkeit psychischer Gefährdungen

Nachdem nun festgestellt wurde, daß psychische Gefährdungen bei Kindern vorhanden sind und diese zu einem großen Teil auf fehlerhaftes Elternverhalten zurückzuführen sind, stellt sich nun die Frage nach der Erkennbarkeit solcher Gefährdungen und ihrer Kausalität.

Denn eine Enuresis kann z.B. auf psychische Gefährdungen aufgrund lieblosen Elternverhaltens oder mehrfachen Milieuwechsels zurückzuführen sein, sie kann aber ebensogut auf organpathologischen Befunden beruhen[83]. Ebenso ist auch bei anderen Symptomen, die eine psychische Gefährdung indizieren, eine andere Ursache als elterliches Fehlverhalten möglich.

Wie kann nun festgestellt werden, worauf das Symptom wirklich beruht und auf welche Art der Störung es hinweist?

Für den ungeschulten, laienhaften Beobachter lassen sich keine Unterschiede in den Symptomen feststellen und die Ursache bleibt ihm in aller Regel verborgen. Dies zu erforschen ist das Aufgabenfeld des Kinderpsychiaters. Es gehört zu seinen besonderen Aufgaben, mit den ihm zur Verfügung stehenden diagnostischen Hilfsmitteln umweltbedingte Abweichungen oder genetische Dispostitonen zu erkennen[6] und sie von psychogenen Fehlentwicklungen abzugrenzen. Als diagnostische Mittel stehen ihm dabei auch neurologische, konstitutions- und reifungsbiologische, biochemische, neurophysiologische, humangenetische, entwicklungs- und tiefenpsychologische, test- und lernpsycho-

83) Strunk in Harbauer/Lempp/Nissen/Strunk S. 187.

logische Untersuchungen, sowie andere individeuell abgestimmten Zusatzuntersuchungen zur Verfügung, denn nur durch "beidäugige" psycho- und somatogen ausgerichtete Untersuchungsmethoden kann die wirklich bestehende Situation erfaßt, eine Fehldiagnose verhindert und ein falscher Therapieansatz vermieden werden[84]. Dabei ist auch die psychoanalytische Lehre ein unverzichtbarer Gesichtspunkt der Diagnostik, da durch sie die Aspekte der Geschichte der emotionalen Erfahrungen in der Kindheit mit den führenden Bezugspersonen als Verständnisebene für die Art der Beziehung des Menschen zu sich selbst und zu anderen, der Lehre vom Unbewußten, vom Konflikt zwischen widersprüchlichen Bedürfnissen und/oder Anforderungen der Umwelt eingebracht werden[85].

Der Kinder- und Jugendpsychiater besitzt bessere Möglichkeiten zur Klärung und Entstehung von psychischen Gefährdungen als der Erwachsenentherapeut, da bei Erwachsenen die Ursachen einseitig oder ganz verschüttet sind, bei Kindern jedoch die Ursachen (Umwelt, Milieu, Eltern und Familie) meist noch in derselben Form vorhanden sind[86].

Wenn nun aufgrund dieser Untersuchungen durch den Kinderpsychiater ein Anknüpfungspunkt oder eine Ursache für eine psychische Gefährdung gefunden wurde, so ist noch nach der individuellen Bedeutung dieser Ursache für das einzelne Kind zu fragen, d.h. zu untersuchen, ob dies wirklich als auslösender Faktor zu beurteilen ist. So kann ein lieblosses Eltern-Kind-Verhältnis zwar Ursache für eine psychische Gefährdung sein, muß es aber nicht. Um diese Kausalität zu erforschen, muß die spezifische Erlebnisweise des betroffenen Kindes analysiert werden[87] und muß geklärt

84) Nissen in Harbauer/Lempp/Nissen/Strunk S. 13.
85) Strunk in Harbauer/Lempp/Nissen/Strunk S. 141.
86) Nissen in Harbauer/Lempp/Nissen/Strunk S. 15.
87) Strunk in Harbauer/Lempp/Nissen/Strunk S. 143.

werden, wie das Kind das Eltern-Kind-System erlebt[88]. Insoweit sind auch Elternaussagen über ihre Einflußnahme und deren Auswirkungen auf die kindliche Entwicklung nicht von großer Aussagekraft[89], zumal die Eltern idR auch nicht zugeben wollen, daß sie lieblos waren oder ihr Einfluß ein negativer. Zur verläßlichen Datengewinnung über elterliche Einflußnahme auf die kindliche Entwicklung und ihre Auswirkungen ist deshalb eine geeignete Exploration des Kindes besser geeignet und im Stande[89].

Zu dieser Erfassung der Familienbeziehungen "vom Kinde aus" können psychologische Tests, speziell projektive Testverfahren, einen wesentlichen Beitrag leisten[90]. Sie sind aber nur ein Teilbereich bei der Untersuchung, ob eine psychische Gefährdung vorliegt und auf welchen Ursachen sie beruht. Neben ihnen kommen biologische Untersuchungsmethoden sowie Gespräche, Verhaltensbeobachtungen und explorative Testverfahren[91] als weitere psychologische Untersuchungsmethoden in Betracht. Da aber nur die projektiven Testverfahren die Bedeutung einzelner Ursachen für das konkret betroffene Kind und die Auswirkung auf seine Psyche offenlegen (die Verhaltensauffälligkeiten sind nur Symptome für die psychischen Auswirkungen), soll hier näher auf sie eingegangen werden.

Im Rahmen der psychologischen und psychiatrischen Praxis

88) Wegener, Einführung, S. 145.
89) Wegener, Einführung, S. 145.
90) Wegener, Einführung, S. 146.
91) explorative Tests stellen eigentlich nur einen anderen Modus der Exploration als das Gespräch dar. Die Fragen enthalten einen anderen "Aufhänger als beim Gespräch und das Kind nimmt verschiedenartige "Äußerungsmedien" in Anspruch, die durch ihre Ungewöhnlichkeit auf das Kind interessant wirken und die Aufmerksamkeit des Kindes erhalten", Arntzen S. 60, 61.

wurden eine Reihe von projektiven Tests[92] entwickelt, mit denen Persönlichkeitsebenen, die der direkten Beobachtung nicht ohne weiteres zugänglich sind, erfaßt werden[93], indem das getestete Kind Elemente seiner Psyche auf die ihm vorgegebene oder sich vorzustellende Situation projiziert. Dabei zeigte die Erfahrung, daß Kinder geradezu zwangsläufig ihre eigene Familiensituation in eine von ihnen zu beschreibende oder darzustellende Familiensituation hineinprojizieren. Ob diese Erfahrungen auch im Einzelfall zutreffen oder ob Befürchtungen und Wünsche anderer Menschen, die die Kinder kennen in das dargebotene graphische Material hineinprojiziert werden, kann durch zusätzliche Explorationsfragen und andere Untersuchungen kontrolliert werden[94]. Ein projektiver Test kann dabei auch als semi-projektives Testverfahren verwendet werden. Bei den semi-projektiven Verfahren werden dem Kind vor allem solche Familiensituationen dargeboten, die für die Untersuchung interessant sind, der Projektionsmöglichkeit des Kindes wird also ein Rahmen gezogen. Die Projektion wird somit zu einer "halbfreien", woher auch der Name "semi-projektiv" stammt[95]. Die Klassifizierung eines Tests als projektiv oder semi-projektiv hängt deshalb allein von seiner konkreten Anwendung ab[96], idR können alle Tests in beiden Arten verwendet werden. Im folgenden sollen die wichtigsten und gebräuchlichsten Testverfahren kurz geschildert werden, wobei vor allem auch darauf eingegangen werden soll, welche Befunde mit diesen Testverfahren aufgestellt werden können.

Im *Family Relations Test* (FRT) sollen Aussagen, die dem

92) vgl. dazu die große Anzahl der verschiedenartigen Tests zur Erforschung verschiedenster Bereiche bei Brinckenkamp.
93) Schmidtchen S. 16.
94) Arntzen S. 63.
95) Arntzen S. 63.
96) Arntzen S. 64.

Kind vorgelegt werden, bestimmten Personen aus dem Familienkreis zugeordnet werden. Der Test läßt so die Einstellungen des Kindes zu seiner Umwelt, seiner Familie und seinen nächsten Beziehungspersonen mit einer ausreichenden Zuverlässigkeit erkennen[97].

Im *Familien-Beziehungs-Test* (FBT) werden dem Kind verschiedene zeichnerische Darstellungen von Eltern- und Kinderfiguren in verschiedenen mehrdeutigen Situationen vorgelegt. Das Kind wird aufgefordert, zu den einzelnen Bildern mitzuteilen, was die Personen seiner Meinung nach tun oder sagen bzw. denken. Erfaßt werden können damit interpersonale familiäre Beziehungen sowie Gefühle und Haltungen einzelner Familienmitglieder. Die Validität wird im allgemeinen als verläßlich betrachtet[98].

Beim Test *Familie in Tieren* wird das Kind aufgefordert, jedes einzelne Familienmitglied, auch sich selbst, als Tier zu zeichnen und zu erklären, welche Vorstellungen damit verbunden werden. Damit kann ein Einblick in die Familienkonstellation, wie sie vom Kind erlebt wird, ermittelt werden. Der Hintergrund dabei ist, daß sich beim Zeichnen Affekte und Emotionen lösen, die in den Zeichnungen ihren Ausdruck finden und Rückschlüsse auf die Persönlichkeit zulassen. Die damit erzielten Ergebnisse können als verläßlich beurteilt werden[99].
Ähnlich diesem Test ist der Test *Verzauberte Familie* aufgebaut. Das Kind wird aufgefordert, sich vorzustellen, ein Zauberer habe eine Familie verzaubert und das Kind soll nun aufzeichnen, was geschehen ist. Dabei soll - anders als beim Test "Familie in Tieren" nicht ausdrücklich die eigene, sondern irgendeine Familie gezeichnet werden, was den Vorteil der größeren Unbefangenheit haben soll. Auch

97) Wegener, Einführung, S. 146.
98) Wegener, Einführung, S. 147; Brinckenkamp S. 525 f.
99) Wegener, Einführung, S. 147 f.; Brinckenkamp S. 543.

mit diesem Test können recht zuverlässige Ermittlungen über soziale Hintergründe eines Kindes gemacht werden[100].

Im *Scenotest* soll das Kind mit Biegepuppen seine Familiensituation darstellen. Das Spiel mit den Puppen soll das Kind anregen, sich mit seinen Affekten und Konflikten auseinanderzusetzen. Damit lassen sich seine Einstellungen zu den Beziehungspersonen und zur Umwelt, aber auch die kindliche Persönlichkeitsstruktur erkennen. Gleichzeitig können Aufschlüsse über unbewußte seelische Zusammenhänge, Problematiken und Konflikte ermöglicht werden[101].

Beim *Rorschachtest*, dem wohl bekanntesten projektiven Testverfahren, das in vielerlei Abwandlungen und Formen durchgeführt werden kann, werden dem Kind Bilder mit sorgfältig ausgewählten symmetrischen Kleckselgebilden vorgelegt, die es erklären soll. Die Deutung der Bilder läßt Rückschlüsse auf die Persönlichkeitsstruktur und -dynamik zu, da vorhandene Erinnerungsbilder an Empfindungskomplexe angeglichen werden, die durch die Bildvorlagen ausgelöst werden. Die damit erzielten Ergebnisse können als verläßlich bezeichnet werden[102].

Der *Fabeltest* besteht aus 10 unvollständigen kleinen Fabeln von Tieren und Menschen, die sich in bestimmten Situationen befinden. Das Kind soll den Schluß der Fabeln selbst finden. Dieser Test beruht auf der Freudschen Lehre und kann so für eine darin geschulte Person, die Kenntnisse des Unbewußten, seiner Struktur und seiner Reaktionsformen sowie symbolisches Verständnis besitzt, rasch zur Diagnose eines Komplexes oder Konfliktes und seiner Gravität führen[103].

100) Brinckenkamp, Ergänzungsband, S. 943 f.
101) Brinckenkamp S. 556 f.
102) Brinckenkamp S. 514 ff.
103) Brinckenkamp S. 521 f.

Beim *Thematischen Apperzeptionstest* (TAT) werden dem zu testenden Kind Bildtafeln mit menschlichen Figuren in verschiedenen Situationen vorgelegt, zu denen es möglichst dramatische Geschichten erzählen soll. Der Deutungsprozeß ist dabei in Abhängigkeit von der Persönlichkeit des Kindes, seinen bisherigen Erlebnissen und seinen Wünschen zu sehen. Der Test dient somit zur Exploration der inneren Problematik des Kindes, der dominanten Triebe, Gefühle, Gesinnungen, Komplexe und Konflikte seiner Persönlichkeit und deren Entstehung[104].

Eng verwandt und für Kleinkinder idR besser geeignet ist der *Kinderapperzeptionstest* (CAT), bei dem auf Tafeln Tiere in verschiedenen Situationen dargestellt sind. Damit soll das Verhältnis des Kindes zu seinen wichtigsten Bezugspersonen verdeutlicht werden, wobei auch Aufschlüsse über Persönlichkeitsdynamik und -struktur des Kindes gewonnen werden können[105].

Bei beiden Tests lassen sich verläßliche Ergebnisse erzielen.

Für jeden dieser Tests sind genaue Anwendungs- und Durchführungsanleitungen vorhanden, dazu genaue Anleitungen, wie die Auswertung und Bewertung vorzunehmen ist. Die Gütekriterien solcher Tests lassen sich jeweils auf verschiedene Weisen noch verbessern:

So kann die Reliabilität durch eine Testwiederholung innerhalb eines gewissen Zeitabstandes (Retest-Methode) oder durch die Testhalbierungsmethode verbessert werden. Dabei wird bei letzterer Methode ein Test in zwei gleichwertige Hälften aufgeteilt, die dann bezüglich ihrer Ergebnisse verglichen werden[106].

104) Brinckenkamp S. 532 ff.
105) Brinckenkamp S. 528 f.
106) Schmidtchen S. 18 ff.

Die Validität der Bestimmung durch den Test kann dadurch erhöht werden, daß man z.B. mehrere verschiedene Tests durchführt, die Aussagen zu denselben Punkten treffen.

Durch Anwendung dieser verschiedenen Tests und der Erhöhung ihrer Aussagekraft durch die oben beschriebenen Methoden lassen sich somit zuverlässige Ergebnisse zu dem Bereich erzielen, wie ein Kind seine Familiensituation empfindet und welcher Art seine Beziehungen zu den verschiedenen Familienmitgliedern sind.

Oben wurde erwähnt, daß die Feststellung der seelischen Gefährdungen eines Kindes und der Kausalität der Gefährdung in den Aufgabenbereich des Kinderpsychiaters gehört. Damit soll jedoch nicht die ausschließliche, sondern nur die hauptsächliche Kompetenz dieser Berufsgruppe festgelegt werden.

In gleichem Maße können Psychologen, die sich auf das Gebiet der Psychologie für Kinder spezialisiert haben und sich zudem noch Kenntnisse über die biologische Entwicklung des Kindes sowie Diagnostik der Kinderheilkunde erworben haben zu diesen Feststellungen berufen sein.
Auch Kinderärzte oder Pädagogen mit entsprechenden Nebenqualifikationen sind geeignete Untersuchungspersonen.
Stets sollte jedoch die Kenntnis über die biologische und psychische Entwicklung des Kindes sowie über biologische und psychologische Diagnostik zur Erkennung von Krankheiten und Störungen vorhanden sein.

Daraus wird deutlich, daß ein in dieser Beziehung nicht qualifizierter Laie nicht in der Lage sein kann, die konkret vorliegende Situation in ihrer vollen Bedeutung zu erfassen. Und jeder, der in diesen Bereichen keine Ausbildung mit Erfolg durchlaufen hat, ist dabei als Laie anzusehen, mag er sich persönlich auch für äußerst kompetent

halten. Nur Spezialisten können aufgrund ihrer Kenntnisse und Untersuchungen feststellen, ob eine Gefährdung vorliegt, d.h. also die Feststellung treffen, ob mit der Verhaltensauffälligkeit oder dem Leidensdruck schon das Maß des Tolerierbaren überschritten ist oder ob es sich noch im Rahmen des Normalen hält, also noch keine Gefährdung vorliegt. Diese Feststellung ist jedoch erst nach einer eingehenden Untersuchung möglich, womit klar gestellt werden soll, daß die Untersuchung nicht nur eine Bestätigung des schon zuvor klar erkannten, sondern Bestätigung des zuvor gefaßten Verdachtes sein soll.
Aufgrund einer eingehenden kinderpsychiatrischen Untersuchung, die sich aus biologischen und psychologischen Untersuchungsmethoden zusammensetzt, lassen sich somit Gefährdungen des seelischen Kindeswohls und seine Ursachen von Fachkräften mit ziemlicher Sicherheit und Genauigkeit feststellen. Dabei sollte diese Untersuchung kompetenten Fachkräften überlassen werden, da nur sie in der Lage sind, die Situation in ihrer vollen Bedeutung zu erfassen.

Ergebnis:

Als Ergebnis der Untersuchung der tatsächlichen Vorgaben kann folgendes festgehalten werden:

1. Psychische Gefährdungen von Kindern lassen sich anhand von Verhaltensauffälligkeiten feststellen. Dabei sollte als Gefährdung ein Zustand angesehen werden, bei dem sich die Verhaltensauffälligkeit oder der Leidensdruck des Kindes nicht mehr im Rahmen des Tolerierbaren hält und bei einem Erwachsenen eine ärztliche oder therapeutische Behandlung erforderlich wäre.

2. Die Eltern üben durch die Gestaltung der frühen Erziehung und der Atmosphäre, in der das Kind aufwächst, einen starken Einfluß auf die kindliche Entwicklung aus. Dieser Einfluß kann in vielen Fällen als Ursache für psychische Gefährdungen angesehen werden.

3. Psychische Gefährdungen und ihre Verursachung durch elterliches Fehlverhalten können von Fachleuten (Kinderpsychiatern, Psychologen, Kinderärzten, Pädagogen jeweils mit Spezialkenntnissen) durch eine genaue Untersuchung festgestellt werden. Dabei können sowohl biologische als auch psychologische Untersuchungsmethoden Anwendung finden. Diese Spezialisten besitzen auch die Fähigkeit den Grad der Abweichung bzw. den Leidensdruck zu erkennen und eine Gefährdung zu bejahen oder das Verhalten als innerhalb des Tolerierbaren zu bezeichnen.

In tatsächlicher Hinsicht steht also einem Schutz des psychischen Kindeswohls vor Gefährdungen nichts entgegen.

## B. Verfassungsrechtliche Vorgaben

Staatliches Handeln auf dem Gebiet der Kindererziehung, und sei es nur auf dem Gebiet des Schutzes bei Gefährdungen des psychischen Kindeswohls, wird oft als störende Einmischung empfunden. Dies vor allem dann, wenn staatliches Handeln gegen den Willen der Eltern erfolgt bzw. diese die Notwendigkeit der staatlichen Maßnahme nicht einsehen.

In diesen Situationen ist eine Berufung auf Art. 6 GG schnell zur Hand, mit der man jegliches Eingriffsrecht des Staates in den Bereich der Eltern-Kind-Beziehung abwehren zu können meint.

Auf dieses Problemfeld soll im folgenden eingegangen und dabei untersucht werden, a) was der grundgesetzlich gewährleistete Elternschutz des Art. 6 GG überhaupt beinhaltet und wo seine Grenzen liegen und b) ob der Staat überhaupt ein Eingriffsrecht hat und unter welchen Bedingungen und unter Einhaltung welcher Grenzen er dies wahrnehmen kann.

## 1. Inhalt und Ausmaß des Elternrechts

### a. Elternrecht als Grundrecht

Das Elternrecht hat seine verfassungsrechtliche Verankerung in Art. 6 GG gefunden. Dort heißt es in Abs. 2 S. 1, daß "Pflege und Erziehung" das "natürliche Recht der Eltern und die zuvörderst ihnen obliegende Pflicht" sei. Zum näheren und besseren Verständnis dieser Vorschrift soll zunächst auf ihren geschichtlichen Hintergrund und ihre Entstehungsgeschichte eingegangen werden.

Nach den Erfahrungen der nationalsozialistischen Herrschaft wollte der Verfassungsgeber eine staatliche Zwangserziehung, wie sie in totalitären Systemen herrscht, ausschließen[107]. In Abkehr von dieser "Allstaatlichkeit der Erziehung unter Aufhebung des Elternrechts" und Sprengung des Familienverbandes durch Zwangsmitgliedschaften in staatlichen Organisationen oder Verschickung und Verschleppung von Kindern aus politischen Gründen, sollte die Eigenständigkeit und Selbstverantwortlichkeit der Menschen in diesem Bereich offen manifestiert werden[108].

Die Gewährleistung eines "Maximums an Freiheit der elterlichen Erziehung" in Art. 6 Abs. 2 GG bedeutet deshalb auch die Begründung eines subjektiv-rechtlichen Abwehrrechtes der Eltern gegenüber dem Staat[109], also die Sta-

107) Horst Göppinger S. 15.
108) BVerfGE 6, 55 ff. (71); Schmitt Glaeser S. 37; Erichsen/Reuter S. 29 f.; Horst Göppinger S. 15.
109) Erichsen/Reuter S. 30; Schmitt Glaeser S. 37; Horst Göppinger S. 16; BVerfGE 24, 119 ff. (138) und in ständiger Rechtsprechung.

tuierung eines "klassischen Grundrechtes".

Dabei muß aber noch beachtet werden, daß durch das "natürliche Recht" der Eltern keineswegs die Inkorporation naturrechtlicher Vorgaben - etwa im Sinne einer katholischen Naturrechtslehre[110] - beabsichtigt wurde. Es sollte lediglich die Aussage getroffen werden, daß das Elternrecht nicht vom Staat verliehen ist, sondern von ihm als vorgegebenes Recht anerkannt wird[111] und aus der naturbegründeten biologischen Eltern-Kind-Beziehung oder einer aus anderen Gründen herbeigeführten Übernahme der Verantwortung für das Kind herzuleiten ist[112].

Somit kann das Elternrecht als Grundrecht in dem Sinne angesehen werden, daß es ein Abwehrrecht gegen unzulässige Eingriffe des Staates in den den Eltern reservierten Bereich der Erziehung darstellt. Es stellt sich dann die Frage, wieweit das Elternrecht reicht und bis zu welchem Zeitpunkt ein staatlicher Eingriff als unzulässig und daher abwehrfähig anzusehen ist.

Diese Fragestellung tritt deutlich auch durch den Wortlaut von Art. 6 Abs. 2 GG zutage: es wird sowohl vom Recht als auch von der Pflicht der Eltern zur Pflege und Erziehung gesprochen, zudem "wacht" über die "Betätigung" die staatliche Gemeinschaft.

110) so aber für die Weimarer Reichsverfassung, die auch von "natürlichem Recht" sprach; vgl. Erichsen/Reuter S. 27 mwN.
111) BVerfGE 59, 360 ff. (376); 60, 79 ff. (88).
112) Erichsen/Reuter S. 28; BVerfGE 24, 119 ff. (150); Böckenförde S. 54 ff. (70); Schmitt Glaeser S. 36; Horst Göppinger S. 17.

b. Pflicht zur Pflege und Erziehung als Inhalt des Grundrechtes

Zuerst ist der Frage nachzugehen, was Gegenstand des Grundrechts ist. Art. 6 Abs. 2 GG nennt in diesem Zusammenhang "Pflege und Erziehung". Damit ist "die gesamte Sorge für das leibliche und seelische Wohl sowie für die charakterliche und geistige Entfaltung des Kindes, kurz: die Sorge für die Person und die Entwicklung der Persönlichkeit des Kindes"[113] gemeint. Die Sorge für das seelische Kindeswohl ist also auch in "Pflege und Erziehung" enthalten, der Schutz des seelischen Bereiches wird in Art. 6 Abs. 2 GG nicht ausgespart.

Das Recht auf Pflege und Erziehung ihres Kindes steht den Eltern (auf die Frage, wer in den Kreis der "Eltern" fällt, soll hier nicht eingegangen werden, da wegen der hier gewählten Themenbegrenzung nur die leiblichen Eltern in Betracht kommen) als eigenes, persönliches, originäres Recht zu[114], das allerdings zugunsten und im Interesse des Kindes wahrzunehmen ist. Dies wird durch zweierlei deutlich: erstens beinhaltet das Begriffspaar "Pflege und Erziehung" ein altruistisches Moment schon vom Wortlaut her. Pflege und Erziehung verlangen ein förderndes Einwirken[115], wobei in der Förderung gleichsam die Bindung an die Interessen des anderen, hier des Kindes, enthalten ist.
Zweitens enthält Art. 6 Abs. 2 S. 1 GG eine ausdrückliche Inpflichtnahme der Eltern, da Pflege und Erziehung ihnen nicht nur als Recht zustehen, sondern ihnen auch als

113) Erichsen/Reuter S. 31; so auch Böckenförde S. 54 ff. (59); Ossenbühl S. 48; Schmitt Glaeser S. 7; Maunz Dürig/Herzog/Scholz-Maunz Art. 6, 24; Horst Göppinger S. 19.
114) Maunz/Dürig/Herzog/Scholz-Maunz Art. 6, 25 f.
115) Erichsen/Reuter S. 32.

Pflicht obliegen.

Die Verknüpfung von Recht und Pflicht innerhalb eines Grundrechtes erscheint auch noch in Art. 14 GG "Eigentum verpflichtet". Dabei sind diese zwei Pflichtenbindungen jedoch verschieden: während im Falle der Eigentumsbindung die Pflicht eine das Recht beschränkende Schranke darstellt[116], es dort also um Bindungen und Begrenzungen in der Ausübung und nicht um die Frage nach dem "Ob" der Ausübung[117], stellt die elterliche Pflichtbindung einen Wesensbestandteil des Elternrechts dar[118], der die Eltern zur Wahrnehmung des Grundrechts verpflichtet.

Recht und Pflicht sind in Art. 6 Abs. 2 GG unlösbar miteinander verbunden, so daß treffender von "Elternverantwortung" gesprochen werden sollte[119], um mißliche Wortkonstruktionen wie "Pflichtrecht"[120] zu umgehen. Insoweit trifft auch die Bezeichnung des "dienenden Grundrechts"[121] zu, wodurch ausgedrückt werden soll, daß das Grundrecht nicht primär zur Selbstverwirklichung der Eltern, sondern zur Entfaltungshilfe der Kinder bestimmt ist. Diese Erziehungspflicht als Entfaltungshilfe für die Kinder ist dabei auch als Handlungspflicht zu verstehen: es kann nicht dem Belieben der Eltern anheimgestellt werden, wann und ob überhaupt sie die Erziehung ihrer Kinder wahrnehmen wollen, sondern es wird ihnen die Pflicht zur Erziehung auferlegt[122].

116) Maunz/Dürig/Herzog/Scholz-Maunz Art. 6, 25 j.
117) Böckenförde S. 54 ff. (68).
118) BVerfGE 24, 119 ff. (143); Maunz/Dürig/Herzog/Scholz-Maunz Art. 6, 25 j; Böckenförde S. 54 ff. (68); Erichsen/Reuter S. 34; Ossenbühl S. 51; Horst Göppinger S. 19.
119) BVerfGE 24, 119 ff. (143).
120) Horndasch S. 57 mwN.
121) so Ossenbühl S. 51.
122) Ossenbühl S. 51.

Weitgehend Zustimmung fand und verdient deshalb auch die Deutung des Elternrechts als treuhänderische Rechtsstellung[123].

Zwar kann der Einwand, daß die Treuhand ein Begriff aus dem Vermögensrecht ist, der der spezifisch personenbezogenen Eigenart der Elternverantwortung nicht gerecht wird und zudem den Eltern keine fremden Rechte als Eigenrechte übertragen werden[124] nicht einfach übergangen werden, doch scheint der Begriff der Treuhand mit seiner Verquikkung von fremden und eigenen Rechten, von fremdnütziger und eigennütziger Ausübung noch am ehesten zu einer Charakterisierung der Elternverantwortung geeignet. Etwas anderes als eine Charakterisierung ist damit auch nicht bezweckt[125], keinesfalls soll damit eine Festschreibung auf "nur fremdnützig" oder "nur eigennützig" erfolgen. Vielmehr muß von einem "sowohl - als auch" ausgegangen werden: Recht und Pflicht der Eltern stehen nebeneinander, keinesfalls wird die Rechtsposition von der Pflichtenposition völlig aufgezehrt. Ansonsten wäre es auch überflüssig, überhaupt von einem "Recht" der Eltern zu sprechen. Das elterliche Recht und das Eigeninteresse der Eltern haben dabei ihren Ort beim Recht auf die elterliche Erziehung[126], eben darauf, daß es ihnen obliegt die Grundlinien der Erziehung und das "gut" oder "besser" zu bestimmen. Sie finden aber dann ihre Grenze, wenn es um Pflichten aus dem Erziehungsrecht geht, diese sind streng fremdnützig anzusehen, auf das Kind und auf sein Wohl bezogen[127].

123) Maunz/Dürig/Herzog/Scholz-Maunz Art. 6, 25 f; Böckenförde S. 54 ff. (64); Ossenbühl S. 51 f.; Horndasch S. 56; Erichsen/Reuter S. 34 mwN zu Rsp. und Schrifttum; a.A. Fehnemann DÖV 82, 353 ff. (356 ff.).
124) so die Argumentation von Fehnemann DÖV 82, 353 ff. (356).
125) vgl. z.B. die Formulierung von Böckenförder S. 54 ff. (64) "treuhänderischen Charakter".
126) Böckenförde S. 54 ff. (68).
127) Böckenförde S. 54 ff. (68 f.).

Auch die von Lüderitz angeführte eigennützige Komponente der Art "ein Objekt der Zuwendung zu besitzen, eine Persönlichkeit wachsen zu sehen, sie zu pflegen und zu schützen"[128] drückt nichts anderes aus als das eigene Recht der Eltern auf Erziehung ihrer Kinder. Wollte man den Eltern ein eigennütziges Recht aus der Erziehung zugestehen, so würde dies das Zugeständnis eines Herrschaftsrechtes der Eltern über ihr Kind implizieren. Dies ist jedoch mit dem Grundgesetz nicht zu vereinbaren, da "eine Verfassung, welche die Würde des Menschen in den Mittelpunkt des Wertesystems stellt, ... bei der Ordnung zwischenmenschlicher Beziehungen grundsätzlich niemandem Rechte an der Person eines anderen einräumen (kann), die nicht zugleich pflichtgebunden sind und die Menschenwürde des anderen respektieren"[129]. Und auch ein "Kind (ist) ... ein Wesen mit eigener Menschenwürde und ... eigenem Recht auf Entfaltung seiner Persönlichkeit iSd Art. 1 Abs. 1 und Art. 2 Abs. 2 GG"[129].
Eine Verletzung der Menschenwürde liegt aber gerade darin, daß ein Mensch zu einem Objekt, zum bloßen Mittel fremder Interessenverfolgung herabgewürdigt wird[130].

Aus diesem Grunde kann die Elternverantwortung als eigennützige Komponente nur das Recht auf Erziehung und Pflege der Kinder beinhalten.

128) Lüderitz AcP 178, 263 ff. (267).
129) BVerfGE 24, 119 ff. (144).
130) Reuter S. 81 mwN.

c. Außmaß der Pflichtgebundenheit des Elternrechts

Somit stellt sich die Frage, wie die Pflichtenbindung des Elternrechts bei der Ausübung im einzelnen aussieht, woran die Eltern gebunden sind und wo letztlich das Erziehungsrecht der Eltern seine Grenze findet.

Der zentrale Bezugspunkt für die Bindung des elterlichen Erziehungsrechtes liegt in seiner Begründung und Rechtfertigung[131]. Wird als hauptsächlicher Schutzbereich die Pflege und Erziehung des Kindes angesehen, also die Hilfe für das Kind, sich zu einer eigenverantwortlichen Persönlichkeit innerhalb der sozialen Gemeinschaft zu entwikkeln, wie sie dem Menschenbild des Grundgesetzes entspricht, so findet es darin zugleich seine inhaltliche Grenze. Maßnahmen zur Erreichung dieses Zieles sind notwendig und zulässig[132]. Ist jedoch das Ziel erreicht, so findet damit auch die Elternverantwortung ihre Grenze[133]. Ebenso sind Maßnahmen, die der Erreichung dieses Zieles im Wege stehen, sei es, daß sie es gefährden oder vereiteln, als unzulässig anzusehen[134]. Nichts anderes ist auch damit gemeint, daß bei der Beziehung zum Kind das Kindeswohl die oberste Richtschnur des elterlichen Handelns sein muß[135].

Die Pflichtbindung der Eltern und damit der Schutzbereich von Art. 6 Abs. 2 S. 1 GG ist also dadurch begrenzt, "daß Verhaltensweisen der Eltern, die auch bei weitester Anerkennung der Selbstverantwortlichkeit der Eltern nicht mehr als "Pflege" oder "Erziehung" bezeichnet werden können,

131) Böckenförde S. 54 ff. (65); BVerfGE 24, 119 ff. (143 f.); Gernhuber FamRZ 62, 89 ff.
132) Böckenförde S. 54 ff. (65).
133) Reuter S. 84 f.
134) Böckenförde S. 54 ff. (65).
135) BVerfG FamRZ 82, 569 ff.

vom Grundrecht nicht mehr geschützt werden"[136]. Dasselbe gilt, wenn sich die Eltern der Verantwortung entziehen, es also schlicht unterlassen, ihr Grundrecht wahrzunehmen. Dieses "Ob" der Grundrechtsausübung ist nicht in das Belieben der Eltern gestellt, sondern es ist ihnen als Pflicht auferlegt (s.o.). Deshalb können sich solche Verhaltensweisen, die die Grundrechtsausübung zur Disposition stellen, nicht mehr im Schutzbereich von Art. 6 Abs. 2 S. 1 GG bewegen[137].

Dies bedeutet, daß sich ein "Erziehungsverhalten" der Eltern - mag es auch in einer bloßen Vernachlässigung und Indifferenz dem Kind gegenüber bestehen -, das dem Wohl des Kindes zuwiderläuft, es also gefährdet, nicht mehr im Rahmen des grundgesetzlich geschützten Elternrechts bewegt und am Schutz des Art. 6 GG Abs. 2 nicht teilhaben kann[138]. Solange dies jedoch nicht der Fall ist, d.h. das Kindeswohl durch die Elternverantwortung nicht gefährdet ist, bewegt sich das elterliche Verhalten noch innerhalb des ihnen von der Verfassung eingeräumten Freiheitsrahmens, innerhalb dessen sie bestimmen können "wie sie die Pflege und Erziehung ihrer Kinder gestalten und damit ihrer Elternverantwortung gerecht werden wollen"[139].

Damit wird den Eltern zwar die Auswahl der Mittel und Wege der Erziehung und damit auch die Entscheidung über "gut" oder "besser" überlassen, eine Ermächtigung zur Interpretation von "Kindeswohl" steht ihnen damit noch nicht zu[140].

136) Erichsen/Reuter S. 36.
137) Erichsen/Reuter S. 36; Maunz/Dürig/Herzog/Scholz-Maunz Art. 6, 35; BVerfG FamRZ 68, 578.
138) Böckenförde S. 54 ff. (76); Erichsen/Reuter S. 46.
139) BVerfGE 59, 360 ff. (376); 60, 79 ff. (88).
140) Erichsen/Reuter S. 43; ähnlich Böckenförde S. 54 ff. (72).

Es steht ihnen im Rahmen ihres Auswahlermessens zwischen mehreren Möglichkeiten[141] das Interpretationsprimat für "das Beste für die Kinder" oder das "Kindeswohlste/-beste" zu, aber ob das Kindeswohl überhaupt zu wahren ist und ob ein objektiv kindeswohlgefährdendes Verhalten von den Eltern als nicht kindeswohlgefährdend (und damit den Eingriffen des Staates entzogen) angesehen wird, darüber steht den Eltern kein Entscheidungsrecht zu. Diese Befugnis, die Grenzen zwischen Kindeswohl und Kindeswohlgefährdung/-schädigung zu definieren, kommt alleine dem Staat zu[142]. Insoweit hat der Staat - genauer die staatlichen Gerichte - das Interpretationsprimat für das Kindeswohl. Denn nimmt man ein Interpretationsprimat ernst, so ist die Entscheidung über die Interpretation von jedem ungeprüft zu akzeptieren. Die Entscheidung der Eltern über die beste Ausfüllung des Kindeswohls ("Kindesbestes") durch die Eltern stellt dagegen kein solches Interpretationsprimat dar[143], sondern nur eine den Eltern zugebilligte Ermessensentscheidung.

141) für ein den Eltern zustehendes Ermessen Erichsen/Reuter S. 43; Schmitt Glaeser S. 56.
142) Erichsen/Reuter S. 53.
143) Böckenförde S. 54 ff. (72); Schmitt Glaeser S. 57 f.; anders dagegen Ossenbühl S. 64 ff., der mit den Begriffen "Interpretationsprimat" und "Interpretationsmonopol" arbeitet.

## 2. Art und Außmaß der zulässigen Eingriffe in das Elternrecht

### a. Wächteramt des Staates

Nachdem nun festgestellt wurde, was Inhalt der grundgesetzlich gewährleisteten ELternverantwortung ist und wo deren Grenzen liegen, stellt sich nunmehr die Frage, was zu geschehen hat, wenn sich das elterliche Verhalten ausser-halb dieses Schutzbereiches bewegt. Vor allem ist dabei zu untersuchen, in welcher Weise der Staat und seine Organe zu Eingriffen berechtigt sind. Auszugehen ist dabei von Art. 6 Abs. 2 S. 2 GG, nach dem "über die Betätigung" der Elternverantwortung die "staatliche Gemeinschaft" wacht. Dies wird allgemein als "Wächteramt des Staates" bezeichnet.

Diese Aussage wird - zusammen mit dem Wörtchen "zuvörderst" aus Art. 6 Abs. 2 S. 1 GG - in doppelter Hinsicht relevant. Zum einen wird so ein Eingriffsvorbehalt in den grundrechtlich gewährleisteten Schutzbereich des Art. 6 Abs.2 GG geschaffen. Daß dies so ist, folgt einmal aus dem Wortlaut: ein "Wächter" hat nicht nur die Aufgabe, Geschehnisse zu beobachten und möglichen Gefahren durch bestimmte Maßnahmen vorzubeugen, sondern es obliegt ihm in gleichem Maße, bei eintretenden Gefahren diese abzuwehren und Schäden zu verhüten. Dies kann sowohl durch Gefahrabwehrmaßnahmen als auch durch Schadenskorrektur geschehen. Art. 6 Abs. 2 S. 2 GG als Eingriffsnorm anzusehen, gebietet zum weiteren noch folgende Überlegung: wäre Art. 6 Abs. 2 S. 2 GG kein Eingriffsvorbehalt, sondern lediglich eine Mißbrauchsschranke, so wäre die ausdrückliche Normie-

rung überflüssig. Jedes subjektive Recht unterliegt dem Mißbrauchsverbot, ohne daß dies in jedem Fall ausdrücklich in ein Gesetz aufgenommen werden müßte[144]. Deswegen muß das Wächteramt mehr bedeuten als bloße Verhütung von Mißbräuchen, und dieses "Mehr" bedeutet eben eine Auslegung als Eingriffsvorbehalt[145].
Zum zweiten wird durch das Wächteramt des Staates vorausgesetzt, daß es etwas gibt, das überwacht werden muß, also dem Wächteramt vorgeht. Das elterliche Erziehungsvorrecht wird damit als Prämisse anerkannt und gleichzeitig ausgedrückt, daß das staatliche Wächteramt eindeutig subsidiären, sekundären Charakter hat[146].

Der Staat ist damit von vorneherein - auch weil die Verantwortung für das Kind "zuvörderst" den Eltern zukommt - in die Rolle eines "Nothelfers"[147] oder "Ausfallbürgen"[148] gedrängt, der lediglich in Ausnahmefällen, zur Gefahrenabwehr für das Kindeswohl in Notfällen, einschreiten[149] und die elterliche Fehlerziehung im Falle des Versagens korrigieren und ausgleichen soll. Damit wird deutlich, daß dem Staat aufgrund seines Wächteramtes auch kein eigenes staatliches Erziehungsrecht zukommt, das gleichberechtigt neben dem der Erziehungsberechtigten steht, wie es etwa in Art. 7 GG für den Bereich der Schule statuiert wird. Lediglich bei Überschreiten der Grenzen des Erziehungsrechtes durch die Eltern soll der Staat "einspringen".

144) Böckenförde S. 54 ff.(73); Maunz/Dürig/Herzog/Scholz-Maunz Art. 6, 26 d.
145) ebenso Erichsen/Reuter S. 48; Hansmann S. 29; Zuleeg FamRZ 80, 210 ff. (214); Horndasch S. 63.
146) Böckenförde S. 54 ff. (75); Ossenbühl S. 17; BVerfGE 24, 119 ff. (145); Erichsen/Reuter S. 50.
147) so Böckenförde S. 54 ff. (76).
148) so Erichsen/Reuter S. 50.
149) Coester S. 134 ff., der insoweit das "Kindeswohl als Eingriffslegitimation" bezeichnet.

**b. Pflichtgebundenheit des Wächteramtes**

Wenn somit dem Staat bei Überschreiten des Schutzbereiches des Art. 6 Abs. 2 GG durch die Eltern ein Eingreifen ermöglicht wird, so ist auch diese Eingriffsmöglichkeit nicht dem Belieben des Staates überantwortet, sondern pflichtgebunden.

*aa. an das Kindeswohl*

Hat das Wächteramt des Staates das Ziel, darüber zu wachen, daß Pflege und Erziehung der Kinder durch die Eltern stattfinden und hat der Staat dann einzugreifen, wenn die Eltern den Schutzbereich von Art. 6 Abs. 2 GG verlassen, d.h. das Kindeswohl gefährden, dann folgt daraus, daß auch der Staat auf das Kindeswohl verpflichtet ist[150].

Der Sinn der Wächteramtes ist es "objektive Verletzungen des Wohls des Kindes zu verhüten"[151] und dadurch das Persönlichkeitsrecht des Kindes, wie es in Art. 1 Abs. 1 S. 1 und Art. 2 Abs. 1 GG festgelegt ist, zu achten und zu schützen[152]. Damit werden gleichzeitig auch Grenzen der staatlichen Eingriffsmöglichkeiten deutlich:

Der Staat ist dann zum Eingriff in das Elternrecht ermächtigt, wenn elterliches Verhalten nicht dem Wohle des Kindes entspricht. Bei seinen Eingriffen hat er jedoch selbst das Kindeswohl zu achten und nur solche Maßnahmen zu ergreifen, die ihrerseits das Kindeswohl nicht gefährden.

150) vgl. Coester S. 134 ff.: Kindeswohl als "Entscheidungsmaßstab".
151) BVerfGE 10, 59 ff. (84).
152) BVerfGE 24, 119 ff. (144).

*bb. an den Verhältnismäßigkeitsgrundsatz*

Außer der Beachtung des Kindeswohls ist der Staat bei der Ausübung seines Wächteramtes noch an eine weitere Grenze gebunden: an die strikte Einhaltung des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit.

So muß stets das mildeste Mittel gewählt werden, das die Gefährdung des Kindeswohls beseitigt, und unzumutbare Eingriffe sind dem Staat verwehrt, selbst wenn er sie auf sein Wächteramt stützen sollte. Unzumutbarkeit liegt dabei dann vor, "wenn eine in das Elternrecht eingreifende Erziehungsmaßnahme des Staates so geartet ist, daß ihre Hinnahme durch die Eltern billigerweise nicht erwartet werden Kann"[153].

**c. Trennung des Kindes von seiner Familie**

Die Beachtung des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit ist vor allem bei Maßnahmen, die mit der Trennung eines Kindes von seiner Familie als dem stärksten Eingriff in das Elternrecht verbunden sind, notwendig. Dabei stellt sich die Frage, ob eine Trennung, wenn sie das einzige Mittel ist, um der Gefährdung des Kindes zu begegnen, stets auch bei Vorliegen der Voraussetzungen der §§ 1666, 1666 a BGB (Gefährdung des Kindeswohls) gerechtfertigt ist, oder ob Art. 6 Abs. 3 GG (Verwahrlosung oder drohende Verwahrlosung) strengere Voraussetzungen hat.

153) Maunz/Dürig/Herzog/Scholz-Maunz Art. 6, 26 c.

Art. 6 Abs. 3 GG schreibt mit der Formulierung "wenn die Erziehungsberechtigten versagen oder wenn die Kinder aus anderen Gründen zu verwahrlosen drohen" bestimmte Zulässigkeitsvoraussetzungen für eine Trennung des Kindes von seiner Familie gegen den Willen der Erziehungsberechtigten - die auch vorliegt, wenn lediglich eine Trennung "ohne" Willen der Erziehungsberechtigten erfolgt[154] - vor.

Dabei tritt die Frage auf, ob stets beide Voraussetzungen, also Versagen der Eltern und Verwahrlosung bzw. drohende Verwahrlosung, erfüllt sein müssen. Davon kann jedoch nicht ausgegangen werden. Die Trennung ist entweder bei Versagen oder bei zumindest drohender Verwahrlosung des Kindes zulässig[155].

Das "Versagen" der Erziehungsberechtigten stellt auch nur scheinbar eine Alternative zur drohenden Verwahrlosung dar. Die Fortführung des Satzes stellt klar, daß das Versagen nur ein Grund ist, der zur Verwahrlosung führen kann[156] und im Grunde genommen nur den erforderlichen Bezug zum elterlichen Verhalten ausdrückt. Weil die Elternverantwortung auch als Recht ausgestaltet ist, ist es von Verfassungs wegen notwendig, den staatlichen Eingriff von einer Ursächlichkeit des elterlichen Verhaltens für die Gefährdung des Kindeswohls abhängig zu machen[157]. Mit der Erwähnung des "Versagens" wird deutlich, daß ein Verhalten der Eltern, mit welchem sie ihren Pflichten aus Art. 6 Abs. 2 GG nicht gerecht werden, ausreichen kann, um eine Verwahrlosung drohen zu lassen. Verschulden der Eltern ist nicht erforderlich[158].

154) Maunz/Dürig/Herzog/Scholz-Maunz Art. 6, 36.
155) Maunz/Dürig/Herzog/Scholz-Maunz Art. 6, 36.
156) Horndasch S. 70.
157) Hinz S. 39 f.; Erichsen/Reuter S. 55.
158) BVerfGE 10, 59 ff. (84) und FamRZ 82, 567 ff. für die Vereinbarkeit von §§ 1666, 1666 a BGB mit Art. 6 Abs. 3 GG.

Somit ist also eine durch ein elterliches Verhalten hervorgerufene drohende Verwahrlosung ein ausreichender Grund, um die Kinder von den Eltern zu trennen, sofern dies unter Wahrung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes geboten und erforderlich ist. Die Trennung, und nur sie, muß dazu geeignet sein der Gefährdung des Kindeswohls zu begegnen[159]. Damit ist zugleich auch die Aussage getroffen, daß eine drohende Verwahrlosung mit einer Kindeswohlgefährdung gleichzusetzen ist, Art. 6 Abs. 3 GG und §§ 1666, 1666 a BGB also dieselben Eingriffsvoraussetzungen haben.

Wenn auf der einen Seite die Trennung gerechtfertigt ist, wenn sie der Gefährdung des Kindeswohls begegnen kann, so ist in diesem Fall eine Gefährdung des Kindeswohls Trennungsvoraussetzung[160].
Auf der anderen Seite muß aber zumindest drohende Verwahrlosung vorliegen um eine Trennung - unter Wahrung des Verhältnismäßigkeitsprinzips - zu rechtfertigen.
Dabei können allein die Trennungsvoraussetzungen, die das Grundgesetz statuiert, den Maßstab bilden: die eingetretene oder drohende Verwahrlosung. Genügt jedoch auch eine Kindeswohlgefährdung zur mit der Verfassung in Einklang stehenden Trennung des Kindes von seiner Familie, so muß die Kindeswohlgefährdung zumindest mit einer drohenden Verwahrlosung gleichzusetzen sein[161]. Die Kindeswohlgefährdung kann allerdings auch ein "mehr" sein. Die Trennungsvoraussetzungen, die in den §§ 1666, 1666 a BGB aufgestellt werden, sind also mit dem Grundgesetz zu vereinbaren[162].

159) BVerfG FamRZ 82, 567 ff. (569).
160) BVerfG aaO.
161) Alternativkommentar-Richter Art. 6, 28. Boxdorfer S. 129 stellt dagegen Kindeswohlgefährdung mit Verwahrlosung gleich.

Ergebnis:

Somit kann festgehalten werden, daß auch unter Beachtung der von der Verfassung in Art. 6 GG vorgegebenen Grenzen Eingriffe in die elterliche Erziehungsverantwortung möglich sind. Den dazu notwendigen Eingriffsvorbehalt bietet Art. 6 Abs. 2 S. 2 GG.

Voraussetzung für einen staatlichen Eingriff ist, daß sich die Eltern nicht mehr innerhalb der Verhaltensalternativen bewegen, die das Kindeswohl mehr oder weniger fördern, sondern daß sie durch ihr Verhalten das Kindeswohl gefährden.

Dann ist der Staat aufgrund seines Wächteramtes dazu verpflichtet einzugreifen und diejenigen Maßnahmen zu ergreifen, die geeignet und erforderlich sind, der Gefährdung des Kindeswohls zu begegnen.

Dabei hat sich der Staat stets am Kindeswohl auszurichten und er hat stets die Maßnahmen zu ergreifen, die der Gefahr für das Kindeswohl am ehesten begegnen[163]. Ebenso hat der Staat den Grundsatz des mildesten Mittels zu beachten: Sollten die Eltern nach einem Eingriff in ihre

162) BVerfG FamRZ 82, 567 ff.; Maunz/Dürig/Herzog/Scholz-Maunz Art. 6, 39, jedoch vage formuliert: " ein Einklang ... dürfte bestehen"; Höhne S. 59 mwN zu Rsp. und Lit.
163) Coester S. 134 ff.: Kindeswohl als Entscheidungsmaßstab.

Elternverantwortung - und mag der Eingriff auch nur in einer Ermahnung oder einem Ge- oder Verbot bestehen[164] - fähig und willens sein, die Gefährdung selbst zu beseitigen, so hat es bei diesem Eingriff zu bleiben. Ist dies jedoch nicht der Fall, so muß der Eingriff - etwa durch teilweisen Entzug des Sorgerechts - so weit intensiviert werden, bis er geeignet und genügend ist, der Kindeswohlgefährdung zu begegnen. Das kann letztlich auch bis zur Trennung des Kindes von seiner Familie führen.

Verfassungsrechtliche Grenze für den Staat ist also vor allem das Kindeswohl. Wenn es gefährdet ist, ist ein staatlicher Eingriff zulässig.

Aus dem Sinn des staatlichen Wächteramtes ergibt sich, daß ein Eingreifen sich nicht in bloßer Abwehr und Minimierung bereits bestehender Schäden erschöpfen muß, sondern schon präventiv möglich ist, um drohende Schäden erst gar nicht eintreten zu lassen[165]. Der Staat muß objektive Verletzungen des Kindeswohls verhüten[166] und schon im Vorfeld abwehren können. Ein erst "re-"agierendes Verhalten auf entstandene Schäden, die man dann nur "auszumerzen" versucht, ist nicht mit Art. 6 Abs. 2 GG zu vereinbaren. Dies ergibt sich eigentlich auch schon aus dem Sinn des Begriffes "Gefährdung" bei dessen Vorliegen ein staatlicher Eingriff zulässig ist: eine Gefährdung stellt einen noch nicht eingetretenen Schaden dar, der sich deutlich abzeichnet[167]. Diesen Schaden gilt es zu vermeiden, tritt er gleichwohl ein, ist er oft nicht mehr zu beheben[168].

164) Hansmann S. 29; Erichsen/Reuter S. 46.
165) Böckenförde S. 54 ff. (77); Schmitt Glaeser S. 57.
166) Ossenbühl S. 75.
167) MünchKomm-Ergänzungsband-Hinz § 1666, 26; Alternativkommentar-Münder § 1666, 18; Palandt-Diederichsen § 1666, 3.
168) Böckenförde S. 54 ff. (77) mwN.

Wann jedoch eine Gefährdung des Kindeswohls vorliegt, darüber ist in Art. 6 Abs. 2 GG nichts gesagt, diese Entscheidung wurde vom Verfassungsgeber nicht getroffen[169]. Dies stellt somit kein verfassungsrechtliches Problem dar, sondern ein Problem im Bereich der einfachen Gesetzgebung sowie der Interpretation und Bestimmung des Gefährdungsbegriffes.

169) Böckenförde S. 54 ff. (77).

## Teil II: Materiellrechtliche Vorschriften zum Schutz des psychischen Kindeswohls

Der folgende Abschnitt behandelt die Einbruchstellen im materiellen Recht, die sich mit dem psychischen Kindeswohl befassen.
Auch hierbei ist wieder auf die Eingrenzung des Themas Rücksicht zu nehmen: Nicht alle Normen, die das "Wohl des Kindes" erwähnen, und bei denen sowohl vom Wortlaut als auch von der Thematik her die Beachtung des psychischen Wohls geboten ist (und bei denen Gerichte und Literatur näher darauf eingegehen), können hier Berücksichtigung finden. So befaßt sich zwar § 1671 Abs. 2 BGB ausdrücklich mit der psychischen Komponente, wenn darin die Berücksichtigung der Kindesbindungen gefordert wird, diese Norm ist aber nur für den Bereich der Scheidung und des Getrenntlebens anwendbar, also für ein Gebiet, das sowieso von den Gerichten erfaßt wird. Diese Norm findet in der hier ausgewählten Thematik keine Beachtung.

Ebensowenig sollen hier der Probleme, die mit dem Recht zum persönlichen Umgang gem. § 1634 BGB verbunden sind, erörtert werden. Auch hier gilt das zu § 1671 BGB Ausgeführte.

Im einzelnen sollen folgende Regelungen und ihre Auswirkungen auf das psychische Kindeswohl berücksichtigt werden:

§§ 1666, 1666 a BGB

§ 1631 a Abs. 2 BGB

§ 1632 Abs. 4 BGB

## 1. § 1666 BGB - Grundtatbestand der Kindeswohlgefährdung

### a. Allgemeines zum psychischen Kindeswohl in § 1666 BGB

Im Grundtatbestand des § 1666 Abs. 1 BGB für einen Eingriff in die Personensorge der Erziehungsberechtigten wird aus-drücklich schon im Wortlaut auf das "seelische Kindeswohl" eingegangen. Die Aufnahme des "seelischen Kindeswohls" in den Katalog der schützenswerten Aspekte des Kindeswohls durch das SorgeRG[170] war jedoch nicht konstitutiver, sondern rein deklaratorischer Natur, da vor der Neufassung das seelische Kindeswohl auch schon von § 1666 Abs. 1 BGB geschützt wurde und zwar durch die Einbeziehung in den Begriff der Gefährdung des geistigen Wohls[171].

Durch die Aufnahme des "seelischen Kindeswohls" sollte das Gesetz lediglich iS traditioneller Auffächerung vervollständigt[172] und mit dem Hinweis versehen werden, "bei Gefahrabwehrmaßnahmen auf die Abwehr psychischer Fehlentwicklungen besondere Aufmerksamkeit zu verwenden"[173].

Durch eine "kosmetische Behandlung" von § 1666 Abs. 1 BGB, d.h. die Textveränderung, sollten der Kindesschutz verbessert[174] und die Vormundschaftsgerichte darauf hingewiesen

170) SorgeRG = Gesetz zur Neuregelung des Rechts der elterlichen Sorge v. 18.7.1797 BGBl I 1061.
171) Staudinger-Göppinger § 1666, 233; Jans/Happe § 1666, 11, jeweils mwN; MünchKomm-Ergänzungsband § 1666, 24.
172) vgl. z.B. die Formulierung in § 1 JWG: Erziehung zu leiblicher, seelischer und gesellschaftlicher Tüchtigkeit.
173) MünchKomm-Ergänzungsband § 1666, 24.
174) Schwab in Schwab/Zenz S. A 125 mwN.

werden, auch die seelischen Aspekte, die sie vorher - obwohl auch sie in § 1666 aF integriert waren - zuwenig beachtet hatten[175], stärker zu berücksichtigen[176].

In der Rsp. zu § 1666 Abs. 1 BGB aF fand das seelische Kindeswohl zwar Erwähnung, jedoch wurde entweder angenommen, die psychischen Schäden seien nicht so gravierend und könnten vom Kind bald überwunden werden[177], oder es wurde pauschal davon ausgegangen, daß ein entsprechendes Verhalten für das Kindeswohl schädlich sei, ohne aber zu überprüfen, ob dies wirklich der Fall war[178].

Nach dem Wortlaut von § 1666 BGB ist als wichtigstes Tatbestandsmerkmal und als Voraussetzung eines jeglichen vormundschaftsgerichtlichen Eingreifens eine Gefährdung des Kindeswohls im konkret vorliegenden Fall festzustellen.

Diese Kindeswohlgefährdung muß durch ein Fehlverhalten der Eltern hervorgerufen sein[179], das ebenfalls konkret geprüft und festgestellt werden muß. Nur bei Vorliegen dieser Merkmale ist ein Eingriff in das elterliche Sorgerecht gerechtfertigt.

> Zwar setzt der Tatbestand des § 1666 BGB für ein Eingreifen des Vormundschaftsgerichts weiter voraus, daß die Eltern nicht willens oder in der Lage sind, die Gefahr abzuwenden, doch kann mit Rücksicht auf die Eingrenzung des Themenbereiches eine nähere Erör-

175) Zenz, Kindesmißhandlung, S. 342 mit Hinweis auf die von Simitis et. al. veröffentlichte Untersuchung.
176) Soergel-Lange § 1666, 33.
177) AG Berlin FamRZ 66, 452 f.
178) so z.B. für die Fälle des Konfessionswechsels (Höhne S. 219 ff. (222)) und bei Gefährdung der "sittlichen" Entwicklung durch Sexualbeziehungen Minderjähriger (Höhne S. 262 ff. (267)).
179) MünchKomm-Ergänzungsband-Hinz § 1666, 27.

terung dieses Problemfeldes unterbleiben. Thema sind hier nur Eingriffe in das Personensorgerecht von Eltern, die sich ihrem Kinde gegenüber ablehnend oder gleichgültig verhalten, die also nicht einsehen, daß sie ihr Kind gefährden und somit auch nicht gewillt oder in der Lage sind, dieser Gefährdung abzuhelfen. Dieses Tatbestandsmerkmal kann also stets als gegeben vorausgesetzt werden.

Des weiteren kann nach dem Wortlaut von § 1666 BGB auch das Verhalten eines Dritten die Kindeswohlgefährdung verursachen und einen Sorgerechtseingriff rechtfertigen, jedoch ist dies keine Veränderung der Eingriffsvoraussetzungen: Dieses Tatbestandsmerkmal soll dem Vormundschaftsgericht lediglich die Möglichkeit eröffnen, "Verfügungen mit unmittelbarer Wirkung gegen einen Dritten zu erlassen"[180]. Der Umweg über ein Gebot an die Eltern, den Dritten anzuweisen, er habe alles zu unterlassen, was das Wohl des Kindes weiter gefährden könne, soll so erspart werden. Zudem ist der vormundschaftsgerichtlichen Maßnahme gegen den Dritten ein größeres Gewicht beizumessen als der - unverbindlicheren - Anordnung der Eltern. Den Eltern soll so also auch der Weg über § 1631 Abs. 3 BGB bei einem "renitenten" Dritten erspart werden. Eingriffsmaßnahmen in das elterliche Sorgerecht rechtfertigt die Gefährdung durch einen Dritten nur, wenn sich die Maßnahmen gegen den Dritten als unzureichend erweisen, wenn etwa die Eltern selbst die Gefährdung durch den Dritten nicht erkennen oder einsehen und diese Anordnung so nicht gegenüber dem Dritten ausgesprochen hätten[181] und ihm z.B. weiterhin eine Verkehrsmöglichkeit mit dem Kind geboten hätten. In

180) BT-Drucksache 8/2788 S. 59; MünchKomm-Ergänzungsband § 1666, 35; Palandt-Diederichsen § 1666, 4 a dd.
181) MünchKomm-Ergänzungsband § 1666, 37.

diesen Fällen liegt jedoch auch ein fehlerhaftes Elternverhalten in Form von Sorgerechtsmißbrauch oder Vernachlässigung vor[182]. Dann jedoch kann wie bei den anderen Tatbestandsalternativen verfahren werden, ohne daß sich Änderungen ergeben. Insofern ist diese Tatbestandsalternative hier nicht speziell zu behandeln.

**b. Problem der formelhaften Erwähnung**

In Der Rsp. wird eine Auseinandersetzung mit dem seelischen Kindeswohl und seiner konkreten Gefährdung erst langsam zur allgemeinen Regel, obwohl dies schon früher gefordert war. So wurden Ausführungen zum seelischen Kindeswohl früher - auch noch nach Inkrafttreten des SorgeRG[183] - nur dort angetroffen, wo "es um seelische Gefährdungen infolge als verwerflich erachteter Drittbeziehungen ging, während sonst meist nach einem formelhaften Hinweis auf das Kindeswohl die Auseinandersetzung mit der Anforderung von Sorgerechtsmißbrauch und Kindesvernachlässigung folgt(e), welche den Beschluß" trug[184].

Diese formelhafte Erwähnung birgt nicht nur die Gefahr in sich, daß die Aspekte des seelischen Kindeswohls übersehen werden, es ist auch zu befürchten, daß die Kindesbelange völlig in den Hintergrund treten und es lediglich um die Abwägung von Elterninteressen und Drittinteressen bzw. um

182) so auch Erichsen/Reuter S. 70 f.
183) vgl. nur Palandt-Diederichsen § 1666, 3, der dem Begriff der Gefährdung des Kindeswohls jede eigenständige Bedeutung abspricht.
184) MünchKomm-Ergänzungsband § 1666, 24 mwN.

widerstreitende Elterninteressen[185] geht oder gar um moralische Wertungen, d.h. daß die Eltern mit dem Instrument des Sorgerechtseingriffs zur Aufgabe der unerwünschten Sozial- oder Sexualbeziehung gezwungen werden sollen[186].

Die formelhafte Erwähnung und Feststellung, daß das seelische Kindeswohl gefährdet sei, findet sich häufig im Bereich des Umgangsrechts. Dort wird als gegebenes Faktum vorausgesetzt, daß die Pflege der Familienbande zum Wohl des Kindes gehöre, in seinem wohlverstandenen Interesse liege und ihm förderlich sei[187]. Verhinderten Eltern diese Kontaktpflege, so sei dies regelmäßig als Sorgerechtsmißbrauch anzusehen, die eine Gefährdung des Kindeswohls zur Folge habe. Diese Kindeswohlgefährdung liege lediglich dann nicht vor, wenn das Kind aus Streitigkeiten zwischen Eltern und anderen Familienmitgliedern herausgehalten werden solle[188]. Dann sei in der Gestattung des Umgangs eine Kindeswohlgefährdung zu sehen[189], die durch die Unterbindung des Umgangs nicht entstehen könne.

Hier wird also der Gedankengang verfolgt, daß eine Verhinderung eines kindeswohlfördernden Verhaltens Sorgerechtsmißbrauch und Kindeswohlgefährdung sei, ohne daß dies konkret im Einzelfall festgestellt wird. Stattdessen wird vom Umkehrschluß ausgegangen, daß alles, was dem Kindeswohl nicht förderlich ist, dieses gefährde.

Dies mag in Extremfällen zutreffen, wie z.B. gesagt werden

185) z.B. Höhne S. 104 f., Plewig NP 84, 329 ff. (333).
186) Höhne S. 63 ff. mwN.
187) Birk FamRZ 67, 306 ff. (307); BayObLG FamRZ 84, 614 und DAVorm 82, 354 mwN; dieselben Grundsätze wie für den Umgang mit Großeltern gelten auch für den Umgang mit Geschwistern, OLG Hamm FamRZ 85, 1078.
188) BayObLG FamRZ 80, 284; 84, 199, 614; DAVorm 82, 354; Soergel-Lange § 1666, 20.
189) BayObLG FamRZ 81, 707.

kann, daß die Nichtvornahme einer Impfung dem Kindeswohl nicht förderlich ist und es zugleich gefährdet. Bei so komplexen Sachverhalten wie dem familiären Umgangsrecht ist jedoch Vorsicht geboten, denn nicht jede Verhinderung eines förderlichen Umgangs schlägt sich in einer Gefährdung nieder[190].

Es muß also stets im Einzelfall festgestellt werden, ob eine Gefährdung des Kindeswohls - in den hier relevanten Fällen des seelischen Kindeswohls - vorliegt. Allgemeine Erfahrungssätze sind zur Feststellung nicht ausreichend[191].

### c. Problem der "subsidiären Behandlung" des psychischen Kindeswohls

Es zeigt sich jedoch die erfreuliche Tendenz der Rsp., vermehrt auf das seelische Kindeswohl einzugehen und es hinreichend zu berücksichtigen. So finden sich häufig schon Ausführungen zur Psyche des Kindes, seiner seelischen Situation und Belastbarkeit sowie der Erforderlichkeit eines vormundschaftsgerichtlichen Eingreifens zur Gewährleistung der normalen psychischen Entwicklung[192].

190) dies soll der einzige Punkt sein, auf den es ankommt, Höhne S. 105.

191) Soergel-Lange § 1666, 19; MünchKomm-Ergänzungsband § 1666, 25 f.; Alternativkommentar-Münder § 1666, 18 f.; Staudinger-Göppinger § 1666, 236.

192) vgl. z.B. BayObLG FamRZ 82, 639, 958; FamRZ 81, 86; DAVorm 81, 901; OLG Bamberg FamRZ 85, 1175 m. Anm. Schütz; vgl. jedoch auch die Entscheidung des OLG Stuttgart JZ 85, 848; vom selben "Vorbildverhalten" aber umgekehrter Reaktion des Kindes geht die Entscheidung OVG Münster FamRZ 85, 511 aus.

Dieses vermehrte Eingehen auf die psychische Komponente des Kindeswohls tritt jedoch nur dann auf, wenn nicht schon wegen einer physischen/materiellen Kindeswohlgefährdung ein Eingriff legitimiert ist. Diese Legitimation des Eingriffs rein aus Gründen der Gefährdung des körperlichen Wohls ist zwar meist gegeben[193], jedoch sollte auch in solchen Fällen noch auf das psychische Wohl des Kindes eingegangen werden, um den Kindesschutz nicht unzulässig und unvertretbar zu verkürzen[194]. Ansonsten erweckt dieses Vorgehen der Gerichte den Eindruck, als sei das psychische Kindeswohl nur subsidiär zu prüfen, wenn das körperliche Wohl nicht tangiert ist. Dies ist aber mit dem Gesetzeswortlaut von § 1666 Abs. 1 BGB, der von körperlichem, geistigem oder seelischem Kindeswohl spricht, nicht zu vereinbaren.

Es sollte stets beachtet werden, daß ein Kind außer der ausreichenden körperlichen Versorgung auch noch der psychischen Versorgung bedarf, und daß Anerkennung und Liebe für eine gesunde Entwicklung genauso erforderlich sind, wie ausreichend Nahrung, Bekleidung und Wärme. In aller Regel werden sich die Gerichte bei gewahrter körperlicher Integrität und unbedenklichem (z.B sauberem) äußeren Erscheinungsbild der betroffenen Kinder kaum bereitfinden, einen Sorgerechtsmißbrauch zu bejahen[195] oder eine Vernachlässigung des Kindes festzustellen[196]. Solange als gängige Definition von Vernachlässigung nur die pflichtwi-

193) Zenz, Kindesmißhandlung, S. 342; meist werden die Richter auch nur mit den physischen Faktoren konfrontiert, Alternativkommentar-Münder § 1666, 30. Diese Vorgehensweise hält auch Simitis FS für Müller-Freienfels S. 579 ff. (606) für unzulänglich.

194) Jans/Happe § 1666, 12; auch Beres ZfJ 82, 449 ff. (472 f.); vgl. auch die Entscheidung OLG Hamm DAVorm 86, 804 ff., in der auch nur auf das körperliche Wohl eingegangen wird.

195) Simitis, Situation, S. 15 ff. (42).

196) vgl. z.B. die Entscheidung BayObLG FamRZ 85, 1179.

drige Vernachlässigung durch mangelhafte Pflege[197], Ernährung, Bekleidung, Betreuung, Aufsicht und Gesundheitsfürsorge gilt[198] und übersehen wird, daß auch das Kind eines gewissen Maßes an psychischer Aufmerksamkeit von Seiten der Eltern bedarf, ist jedoch nicht zu hoffen, daß Entscheidungen, die auch die psychische Vernachlässigung berücksichtigen, die Regel bilden[199].

Jedoch kann nicht nur ein "Zuwenig" an elterlicher Zuwendung und Liebe Fehlentwicklungen eines Kindes hervorrufen, sondern auch ein "Zuviel". Dieses "zuviel" an elterlicher Zuwendung ist das, was oben als "einengende" Erziehung bezeichnet wurde und gewöhnlich unter dem Namen "overprotecting" besprochen wird. "Diese Form elterlichen Fehlverhaltens ist aber im allgemeinen kein Gegenstand richterlicher Eingriffe. Hier erfüllen die Eltern ja ihre Pflicht bis zum äußersten"[200]. Gleichwohl sollte auch hier bedacht werden, daß zuviel Liebe und Umsorgung das Kindeswohl ähnlich gefährden kann wie zuwenig Zuwendung[201].

197) wobei unter Pflege die physische Existenzsicherung, die allgemeine Sorge für die Person des Kindes, für dessen körperliches Wohl verstanden wird, Erichsen/Reuter S. 31 mwN. Meist wird bei dieser Definition das Moment der geistigen und charakterlichen Entwicklung, die auch zur Pflege gehört, Ossenbühl S. 48, unterschlagen.

198) MünchKomm-Ergänzungsband § 1666, 29; Palandt-Diederichsen § 1666, 4 a bb.

199) Hirsch S. 20 sieht 1965 keine einzige Entscheidung.

200) Hirsch S. 21.

201) ein Anfang ist gemacht, vgl. die Entscheidung AG Moers ZfJ 86, 113.

### d. Problem der mangelnden Erkennbarkeit durch den Richter und schichtspezifische Betrachtungsweisen

Sicher ist es für Gerichte bzw. Richter im Einzelfall schwierig festzustellen, ob das konkrete elterliche Fehlverhalten sich auch schädlich auf das seelische Kindeswohl auswirkt. Bei dieser Feststellung ist es jedoch keineswegs so, daß sich die Richter nur auf ihren eigenen Sachverstand und ihr eigenes Wissen verlassen können und müssen; sie können sehr wohl, um die Erkenntnisse der Pädagogik, Kinderheilkunde, Jugendpsychiatrie und Psychologie[202] neben der allgemeinen Lebenserfahrung hinreichend zu berücksichtigen, auf Sachverständigengutachten zurückgreifen[203]. Die allgemeine Lebenserfahrung aus der "Laienwelt der Juristen" reicht oft nicht aus, um einen komplizierten Sachverhalt, wie etwa das Bindungs- und Trennungsverhalten von Kindern richtig zu beurteilen[204] und kann aus diesem Grunde zu Entscheidungen führen, die den gesicherten Ergebnissen im Bereich der Kinder- und Jugendpsychiatrie und Psychologie widersprechen[205].
Das Einholen von Sachverständigengutachten zur Beurteilung der kindlichen Lage ist auch deshalb wichtig, weil die Richter ihrerseits beim Begriff "Kindeswohl" bzw. "Gefährdung des Kindeswohls" der Gefahr ausgesetzt sind, einen schichtspezifischen Maßstab anzulegen. Da der Staat - und damit der Vormundschaftsrichter als dessen Repräsentant - berufen ist festzustellen, ob eine Gefährdung vorliegt

202) Staudinger-Göppinger § 1666, 237; Jans/Happe § 1666, 15.
203) MünchKomm-Ergänzungsband § 1666, 25; Beres ZfJ 84, 263 ff. (265); ders. ZfJ 82, 449 ff. (459, 462 f.); zu diesem Bereich siehe auch später.
204) so auch Beres ZfJ 82, 449 ff. (457); Simitis et. al. S. 331; Prestien DAVorm 79, 801 ff. (803 ff.).
205) so auch Klußmann S. 173; Beres ZfJ 84, 263 ff. (265); ders. ZfJ 82, 449 ff. (458).

oder nicht, ist die Versuchung groß, die - meist mittelschichtspezifischen - Vorstellungen über Familie, Erziehung und Kindeswohl, die der Richter selbst besitzt und vertritt, als Norm oder Optimum darzustellen[206]. Diese Durchsetzung der schichtorientierten Wertmaßstäbe ist umso leichter, als es sich beim "Kindeswohl" und dessen Gefährdung um ausfüllungsbedürftige Wertvorstellungen handelt. Die Ausdehnung der ausgefüllten - eben für die Mittelschicht ausgefüllten - Generalklauseln auf den Personenkreis, der von § 1666 BGB hauptsächlich betroffen ist, wird jedoch der sozialen Situation nicht gerecht und bietet breiten Raum für Vorurteile[207].

Klientel für die Vormundschaftsrichter im Bereich von § 1666 BGB sind vor allem Randgruppen der Unterschicht, weniger Mittel- und Oberschichtfamilien[208]. Zwar ist, bevor eine Gefährdung des Kindeswohls festgestellt werden kann, auch das Milieu zu berücksichtigen, in welches ein Kind hineingeboren wurde[209], jedoch ist es für den entscheidenden Richter oder den zur Stellungnahme verpflichteten Mitarbeiter des JA kaum möglich, sich soweit von seinem Herkommen und seiner Erziehung zu distanzieren, daß er sich davon völlig unabhängig - gedanklich - in einen anderen Lebenskreis versetzen könnte, den er nur aus seiner beruflichen Tätigkeit kennt[210].

Den Richtern wird deshalb ein Verhalten eher als gefährdend erscheinen, das in ihren Kreisen als nicht angebracht und schädlich angesehen wird, als ein auch von ihnen

206) Münder RdJB 81, 82 ff. (84 f.); Jans/Happe § 1666, 13; Mnookin FamRZ 75, 1 ff. (3); Quambusch ZfJ 74, 138 ff. (154); Münder RdJB 84, 199 ff. (208); Münder NP 84, 349 ff. (353).
207) vgl. z.B. Mnookin FamRZ 75, 1 ff.; Münder RdJB 81, 82 ff. (84); ders. RdJB 77, 358 ff. (360).
208) Zenz AcP 173, 527 ff. (531).
209) Palandt-Diederichsen § 1666, 3; OLG Hamm ZfJ 83, 274.
210) so auch FrankKomm S. 268.

eventuell praktiziertes oder zumindest nicht diskriminiertes Verhalten[211].

Solches schichtspezifisches Verhalten der entscheidenden Stellen führt gleichermaßen zu einer Privilegierung der Unterschichtsangehörigen, wie zu einer Zurücksetzung von Mittel- und Oberschichtsangehörigen. Kinder aus Familien der Unterschicht können eher auf eine Hilfe durch das Gericht hoffen als andere, die durch weniger auffällige Verhaltensweisen der Eltern gefährdet sind[212]. So kommen (im Gegensatz zu Verbrechen an Kindern oder grober Vernachlässigung) weniger unauffällige Erziehungspraktiken, die jedoch für das betroffene Kind ebenso schädliche Auswirkungen haben können[213], kaum vor die Vormundschaftsrichter[214].

Zur Wahrung der Chancengleichheit aller Kinder zu einer von Schädigungen freien psychosozialen Entwicklung[215] ist daher eine Loslösung von einer einseitigen, notwendigerweise von den moralischen und schichtspezifischen Wertungen des Beurteilenden beeinflußten Sichtweise zu verlangen, die auch durch die Hinzuziehung eines Sachverständigengutachtens erreicht werden kann.

Freilich ist zu beachten, daß auch bei der Sachverhaltsermittlung durch Sachverständige dieselben Gefahren auftauchen können. Auch Wissenschaftler sind von ihrem Herkommen und ihrem persönlichen Verständnishorizont geprägt[216]. Kulturabhängigkeiten[217] oder persönliche Vor-

211) Jans/Happe § 1666, 13.
212) Zenz AcP 173, 527 ff. (531); diess., Kindesmißhandlung, S. 341.
213) Zenz AcP 173, 527 ff. (531).
214) wohl aber zu den Ärzten, Zenz AcP 173, 527 ff. (532).
215) Zenz AcP 173, 527 ff. (532).
216) Coester S. 431.
217) Coester S. 432.

urteile und Ideologien[218] können in ihre Untersuchungen einfließen ohne ausdrücklich als Prämissen, die überprüft werden können und sollen, gekennzeichnet zu sein.

Damit werden diese Aussagen - die trotz ihrer möglichen Ideologiegebundenheit wissenschaftlich fundierter sind als das Laienverständnis der Richter - keineswegs wertlos. Sie können gleichwohl gültig sein, wenn die Prämissen im konkreten Fall mit den Fakten übereinstimmen[219]. Um dies festzustellen ist jedoch unbedingt erforderlich, daß die Prämissen als solche erkennbar sind. Deswegen sollte jeder Sachverständige, der vom Gericht zur Sachverhaltsermittlung herangezogen wird, dazu angehalten werden, die Grundlagen, von denen er ausgeht, klar darzustellen. Damit kann eine vorurteils- oder kulturabhängige Aussage vom Richter herausgefunden und verworfen werden. Fließen jedoch nur die schichtspezifischen Vorstellungen des Richters ein, so unterliegen diese keiner Kontrolle.

**e. Problem der Eingriffsschwelle**

Nach diesen nur kurz angesprochenen Problemen bezüglich des Erkennens und Feststellens einer Berührung des psychischen Kindeswohls soll nun das heftigst umstrittene und wohl auch wichtigste Problemfeld im Bereich des § 1666 Abs. 1 BGB erörtert werden: die Höhe der Eingriffsschwelle. Unter Eingriffsschwelle versteht man "das Maß an Beeinträchtigung (sonst: Gefährdung), das mindestens entwikkelt sein muß, damit das Gericht eingreifen kann"[220].

218) Coester S. 434.
219) Coester S. 433.
220) Jans/Happe § 1631 a, 6.

Diese Grenze zwischen dem Kindeswohl und seiner Gefährdung wurde verfassungsrechtlich durch Art. 6 Abs. 2 GG nicht gezogen und stellt somit ein Problem der einfachen Gesetzgebung sowie ihrer Interpretation dar.

Der dazu vom Bundesrat gestellte Antrag bei der Beratung der Neufassung des § 1666 BGB durch das SorgeRG, mit Rücksicht auf den durch das Grundgesetz gewährten Schutz der Familie in Art. 6 GG und auf die Gefahr staatlichen Eingreifens bei einer lediglich geringfügigen Gefährdung des Kindeswohls, dem Begriff "Gefährdung" das Wort "erheblich" voranzustellen[221], wurde jedoch abgelehnt. Als Begründung hierzu wurde angeführt, angesichts der zum Begriff der "Gefährdung" gefestigten Definition der Rechtsprechung sei die Hinzufügung des Wortes "erheblich" nicht notwendig, da die Rsp. einen Eingriff sowieso nur zulasse, wenn sich eine "erhebliche Schädigung" des geistigen, leiblichen oder seelischen Wohles des Kindes mit Sicherheit voraussehen lasse. Zudem würde die Einfügung zu Verunsicherungen in der Praxis führen, da die Eingriffsschwelle dadurch "scheinbar" erhöht würde[222]. ("Scheinbar", weil die "Erheblichkeit" in Wahrheit schon längst gefordert werde!).
Nach h.M. besteht eine Kindeswohlgefährdung nur bei Bestehen einer gegenwärtigen oder zumindest nahe bevorstehenden Gefahr für die Kindesentwicklung, welche so ernst zu nehmen ist, daß sich bei einer Fortdauer eine erhebliche Schädigung des körperlichen, geistigen oder seelischen Wohls des Kindes mit ziemlicher Sicherheit voraussagen läßt[223]. Diese Rsp. sollte trotz der Neufassung des § 1666 BGB keinesfalls abgebrochen, sondern fortgesetzt werden[224]. Es sollte bewußt an der "ultima ratio" Grenze,

221) BT-Drucksache 8/2788 S. 59.
222) BT-Drucksache 8/2788 S. 59.
223) statt vieler: MünchKomm-Ergänzungsband § 1666, 26 mwN.
224) Münder RdJB 84, 199 ff. (203).

wie sie exakt noch für § 1666 BGB aF galt[225], festgehalten werden und erst dann einzugreifen sein, wenn die Beitzkesche Formel des "so geht es aber nun wirklich nicht mehr!"[226] für alle klar sichtbar erreicht ist.

Dies sollte dementsprechend auch für Gefährdungen des seelischen Kindeswohls gelten. Die Eignung dieser überkommenen Interpretation auf diese Gefährdungskonstellation ist jedoch wegen der mangelnden Erkennbarkeit in psychische Bereiche zumindest fraglich und soll im weiteren näher untersucht werden.

*aa. drohender Schaden*

Bei der herrschenden Interpretation wird deutlich, daß bei der "Gefährdung" bzw. der "erheblichen Gefährdung" stets auch auf die Art und Größe der zu erwartenden Schädigung abgestellt wird, weniger jedoch auf den Grad der Wahrscheinlichkeit, mit der die Schädigung eintreten kann[227].

Nach h.M. soll ein Eingriff nur zulässig sein, wenn dem Kindeswohl eine erhebliche Schädigung droht, eines besonderen Zusatzes bedurfte es dazu auch in der Neufassung des § 1666 BGB nicht, da sich insoweit die Eingriffsschwelle gegenüber dem bisherigen Recht nicht verändern sollte[228].

Eine erhebliche Schädigung steht aber nur bevor, wenn das Kind durch eine Entwicklungsschädigung nicht nur kurzfri-

225) Schmitt Glaeser S. 57.
226) Beitzke FamRZ 79, 8 ff. (10 FN 28).
227) Jans/Happe § 1666, 5; Erichsen/Reuter S. 55.
228) Soergel-Lange § 1666, 18; Jans/Happe § 1666, 6.

stig unangenehm berührt wird und sich subjektiv nicht wohl fühlt[229], sondern erst dann, wenn die Auswirkungen auf das Kind auch vom objektiven Beobachter aus gesehen von einiger Erheblichkeit sind[230].

Bei der hier zu behandelnden Gefährdung des seelischen Kindeswohls erheben sich jedoch erhebliche Bedenken gegenüber dieser Auslegung: Die Psyche des Menschen ist trotz ausgereifter psychologischer Erkenntnismethoden nicht so klar durchschaubar, als daß man sagen könnte, diese oder jene Gefährdung werde sich zu einem Schaden entwickeln, der nicht "erheblich" sei. Die vielerlei spielenden Verbindungen von Umwelteinflüssen und Reaktionen darauf lassen nicht klar erkennen, welcher Schaden sich erheblich und welcher sich nur geringfügig für die Gesamtentwicklung des Kindes auswirken wird.

Es kann, wenn die Aufgabe des Kindesschutzes zum Ziel haben soll, daß das Kindeswohl vor Schäden bewahrt werden muß, keinen Unterschied machen, wie groß der drohende Schaden ist und ob er als "erheblich" oder "geringfügig" eingestuft wird[231]. Das Kind muß vor jeglichem Schaden bewahrt werden, gleichgültig, ob sich dieser Schaden offensichtlich oder eher latent auswirkt. Deshalb darf bei der Prüfung der Voraussetzungen des § 1666 BGB keine Differenzierung nach Art und Größe des Schadens erfolgen, zumal die hier drohenden psychischen Schäden in ihrem ganzen Ausmaß oft nicht in einer "ex-ante" Betrachtung erkannt werden und so leicht eine Verkennung und Mißdeutung der Situation in der Vorweg-Beurteilung entstehen kann, wenn etwa - fälschlicherweise - angenommen wird, der Schaden wirke sich nicht so gravierend aus wie es dann

229) Erichsen/Reuter S. 54.
230) Erichsen/Reuter S. 54 f.
231) so aber Erman-Ronke § 1666, 6; ähnlich Horndasch S. 133 f.

tatsächlich der Fall ist[232].

In diesem Zusammenhang ist auch noch der Frage nachzugehen, ob es denn überhaupt erforderlich ist, schon den "kleineren" Anzeichen nachzugehen, und zu untersuchen, ob eine seelische Gefährdung vorliegt, oder ob nicht abgewartet werden soll, bis sich die Gefährdung deutlicher zeigt.

Es ist zwar nicht zu verkennen, daß auch die kleinsten Anzeichen den Hinweis auf eine Gefährdung liefern können bzw. daß sich eine Gefährdung, die sich hinter einer minimalen Verhaltensauffälligkeit verbirgt, zu einer ungeheuren "Lawine" auswachsen kann, wenn nichts dagegen unternommen wird[233]. Genausogut ist aber der Fall denkbar, daß sich diese Anzeichen selbständig wieder verlieren, "sich auswachsen" ohne beim Kind Schäden zurückzulassen. Stellt man hierbei die Folgen der zwei möglichen Handlungsalternativen gegenüber, so ergibt sich folgendes Bild:

Handelt es sich wirklich um eine Gefährdung im oben beschriebenen Sinne, also um ein abweichendes Verhalten, bei dessen Vorliegen bei einem Erwachsenen für diesen eine ärztliche Behandlung erforderlich wäre, so besteht die Möglichkeit, daß diese Gefährdung sich zu einem Schaden entwickelt.

Diese Möglichkeit zur Schadensentwicklung wird verhindert (bzw. es wird der vielversprechende Versuch dazu unternommen), wenn das Kind behandelt werden kann, auch gegen den Willen seiner Eltern.

232) so werden oft die psychischen Schäden, die mit jeder physischen Mißhandlung einhergehen, nicht in die Erwägungen des Gerichts miteinbezogen und damit die wahre Schädigungslage des Kindes verkannt, Zenz, Kindesmißhandlung, S. 329 ff.

233) Dührssen S. 124.

Die Möglichkeit der Schadensvermeidung wird erheblich vermindert, wenn man dagegen auf Selbstheilungstendenzen bei Kindern vertraut. Speziell psychische Gefährdungen, die ihren Ursprung in der Eltern-Kind-Beziehung haben, klingen nur dann ab, wenn sich die emotionalen Beziehungen zwischen Eltern und Kind bessern[234]. Diese Besserung der emotionalen Beziehung zwischen Eltern und Kind kann jedoch für den hier vorliegenden Bereich nicht vorausgesetzt werden, da hier von solchen Eltern ausgegangen wird, die nicht fähig sind, ihr Fehlverhalten einzusehen bzw. gar ihr emotionales Verhalten dem Kind gegenüber zu ändern oder zu verbessern. Ein Hoffen auf "Selbstheilung" bedeutet in diesen Fällen also stets ein nach dem vorhersehbaren Verlauf der Dinge wahrscheinliches Eintreten des Schadens.
Demgegenüber erscheint die Gefahr, daß ein Kind entgegen dem Willen seiner Eltern wegen einer psychischen Gefährdung behandelt wird, ohne daß dies notwendig wäre, weil die Gefährdung sich von selbst "verläuft" vergleichsweise gering.
Zum einen weiß man im Voraus nie, ob gerade dieses Kind bei dieser konkreten Gefährdung zur Selbstheilung in der Lage sein wird, und zum zweiten werden sich solche Fälle der Selbstheilung auch nie exakt bestimmen lassen, weder in einer ex-ante, noch in einer ex-post Betrachtung.
Es ist einfach nicht völlig auszuschließen, daß auch die Behandlung kausal für das Verschwinden der Gefährdung ist oder daß sich die Gefährdung ohne Behandlung nicht doch anders entwickelt hätte.

Aus diesen Überlegungen läßt sich das Fazit ziehen, daß stets bei Vorliegen einer Gefährdung ein Eingriff in das elterliche Sorgerecht zur Gefährdungsabwendung zu erwägen ist und nicht auf die Selbstheilung vertraut werden darf.

234) Nissen in Harbauer/Lempp/Nissen/Strunk S. 111.

*bb. Wahrscheinlichkeit des Schadenseintritts; Größe der Gefährdung*

Zur Eingriffsschwelle und damit zum Gefährdungsbegriff gehört aber außer der Größe und Art des drohenden Schadens auch noch die Art und Größe der Gefährdung, d.h. also die Wahrscheinlichkeit des Eintritts von Schädigungen[235]. Es genügt nach h.M. nicht jede abstrakte Gefährdung, sondern es muß eine konkrete Gefahr festzustellen sein[236]. Damit ist zum einen angesprochen, daß grundsätzliche Generalisierungen nicht ausreichen, sondern stets zu prüfen ist, ob eine konkrete Gefahr für das Kind besteht[237]. Zum anderen soll damit verhindert werden, daß nicht schon bei jeder leichten und vorübergehenden Störung der Entwicklung oder bei einem geringsfügigen Abweichen vom normalen Entwicklungsverlauf ein staatlicher Eingriff in das elterliche Sorgerecht erfolgen kann[238]. Die bloße Möglichkeit oder Besorgung einer künftigen Gefährdung soll nicht genügen[239]. Dies erscheint gerechtfertigt, zumal im Grundsatz auch im Kindschaftsrecht die Trennung vom bloßen Vorfeld des Schadens (=Gefahr) und Eintritt des Schadens möglich ist[240] und es nicht einsichtig erscheint, das Vorfeld des Schadens - also die Gefahr - nochmals zu unterteilen in Gefahr und Möglichkeit einer künftigen Gefahr[241].

235) Jans/Happe § 1666, 15; Erichsen/Reuter S. 55.
236) Jans/Happe § 1666, 15; Alternativkommentar-Münder § 1666, 18.
237) so auch Münder NP 84, 349 ff. (352).
238) Jans/Happe § 1666, 15.
239) Soergel-Lange § 1666, 33 mwN.
240) Erichsen/Reuter S. 54.
241) Ließe man auch die Möglichkeit einer künftigen Kindeswohlgefährdung zur Rechtfertigung eines Eingriffs zu, so wären viele Handlungen der Eltern gefährdend, da sich alle in Zukunft schädlich auswirken können. Diese Ausschließung entspricht in etwa der Einschränkung der Kausalität durch die Adäquanztheorie.

Damit stellt sich aber die Frage, welche Wahrscheinlichkeit eine Gefährdung, d.h. also ein zukünftiger, konkreter Schadenseintritt aufweisen muß, um als "Gefährdung des Kindeswohls" iSv § 1666 Abs. 1 BGB einen Eingriff in das elterliche Sorgerecht zu rechtfertigen. Dies stellt sich vor allem bei der Betrachtung, ob das seelische Wohl des Kindes gefährdet oder beeinträchtigt ist, als schwierig dar[242].

Dabei kann die Auffassung, daß der Staat nur dort eingreifen kann, also nur dort eine Kindeswohlgefährdung als gegeben angesehen wird, wo elterliche Erziehungsmaßnahmen nach allgemeiner Auffassung als für das Kind unerträglich bezeichnet werden müssen, wo diese "negativen Standards" als sicheres Gedankengut in der Allgemeinheit Anerkennung gefunden haben[243], keine Unterstützung finden.

Zum einen würde man sich den Zugriff auf Aussagen der Wissenschaft speziell zum psychischen Kindeswohl - und damit auch auf wissenschaftliche Antworten auf die Frage, wann das psychische Kindeswohl durch ein Verhalten gefährdet ist - weitgehend versperren. Dies vor allem aus dem Grunde, weil die psychische Dimension der Kindeswohlgefährdung bislang selten erörtert wurde und deshalb eine "allgemeine Überzeugung" in diesem Bereich noch gar nicht gebildet werden konnte.

Die wissenschaftlichen Aussagen können jedoch äußerst fundierte und in dieser Weise von den Richtern mangels Fachkompetenz nicht selbst zu eruierende Feststellungen zur psychischen Kindeswohlgefährdung treffen, die erst den Zugang zur psychischen Gefährdungsdimension eröffnen. Denn

242) Erichsen/Reuter S. 54.
243) so Gernhuber FamRZ 73, 229 ff. (232); Böckenförde S. 54 ff. (77); Ossenbühl S. 74; Erichsen/Reuter S. 53; Lüderitz FamRZ 75, 605 ff. (607).

durch die vielseitige Beleuchtung der Fallproblematik durch kompetente Fachleute steht dem Richter ein größeres Spektrum der Problematik vor Augen, aus dem er sein eigenes Urteil gewinnen kann[244], als wenn er die Feststellung selbst treffen wollte.

Die Entscheidung, ob eine Kindeswohlgefährdung vorliegt oder nicht, ist von objektiven Kriterien her zu bestimmen[245]. Diese objektiven Kriterien müssen, wenn die Möglichkeit von psychischen Gefährdungen erkannt wird, und auch erkannt wird, daß solche Gefährdungen meist nicht so offen zutage treten wie Gefährdungen im physischen Bereich, stark auf außerjuristische und spezialwissenschaftliche Aussagen, Wertungen und Forschungen Bezug nehmen, um dem Kindesschutz gerecht zu werden. Läßt man die spezialwissenschaftlichen Aussagen weg, besteht die Gefahr, eine bestehende Gefährdung zu übersehen und damit den Kindesschutz zu verkürzen[246]. Genauso wäre es eine Verkürzung des Kindesschutzes, wollte man darauf warten, bis die wissenschaftlichen Aussagen in das Gedankengut der Allgemeinheit übergegangen sind.

Des weiteren würde man durch ein Abwarten, bis diese Aussagen ins Gedankengut der Allgemeinheit übergegangen sind, den Kindesschutz dem fortschreitenden Erkenntnisprozeß verschließen[247].

Letztlich stellt auch die Allgemeinüberzeugung keine eigenständige Legitimation für Entscheidungen dar. "Der behauptete Konsens ist eine Fiktion, bestenfalls eine nicht widerlegbare Vermutung" mit der die Richter um die

244) Boxdorfer S. 126.
245) Erichsen/Reuter S. 54.
246) Boxdorfer S. 126.
247) Coester S. 438.

Zustimmung zu ihrer Entscheidung werben[248].

Keineswegs soll damit der Weg für eine Rechtsprechung geöffnet werden, die, um einen Eingriff ins elterliche Sorgerecht zu rechtfertigen, jeweils nur einen Vertreter der entsprechenden spezialwissenschaftlichen Fachrichtung anführen muß, der auch der Meinung ist, diese Situation gefährde das Kindeswohl oder gefährde es gerade nicht. Es muß sich dabei schon um hinreichend abgesicherte Erkenntnisse nach dem jeweiligen Stand spezialwissenschaftlicher Methoden und Erkenntnisse handeln[249], eine Außenseitermeinung ist auch hier zu vernachlässigen. Jedoch muß klargestellt sein, daß eine Verneinung der Kindeswohlgefährdung durch den Richter bei Bejahung derselben durch hinreichend fundierte spezialwissenschaftliche Erkenntnisse keineswegs mit dem Primat des Kindeswohls im Kindesschutz vereinbar ist.

Die Notwendigkeit der Übernahme der spezialwissenschaftlichen Wertungen zum Begriff des Kindeswohls durch den Richter wird auch deutlich, wenn man sich die Beteiligten vor Augen hält: das Kind als der schwächste, um dessen Wohl es geht, die Eltern, die "ihr Recht" am Kind verteidigen und der Staat, der zu entscheiden hat, ob er in das elterliche Sorgerecht eingreifen kann und darf.

Soll nun das Wohl des Kindes als nicht gefährdet angesehen und ein Eingriff deshalb abgelehnt werden, nur weil das "Auf und Ab wissenschaftlicher Theorie- und Hypothesenbildung gerade im Bereich von Pädagogik und Psychologie"[250] den Richtern uneinsichtig erscheint?

Soll wegen der Unkenntnis und des Unverständnisses von

248) Coester S. 419.
249) Danzig S. 49.
250) Böckenförde S. 54 ff. (78).

Richtern (die sich - hoffentlich und vielleicht - auch mit Wissen aus diesen Bereichen befassen (aber eben nur "auch")) um die Wichtigkeit und Relevanz von Theorien- und Hypothesenstreit - der genauso seine Daseinsberechtigung hat wie jeder juristische Theorienstreit - eben erst einmal der "vorangegangene Rezeptions- und Konsolidierungsprozeß"[251] abgewartet werden?

Ist es zu verantworten, daß ein Kind weiterhin einer wenn nicht gefährdenden so doch zumindest "zweifelhaften" Situation ausgesetzt bleibt, nur weil davor zurückgeschreckt wird, in das Elternrecht einzugreifen, in ein Recht, das den Eltern meist ohnehin gleichgültig ist oder in falscher Weise als "Herrschaftsrecht über das Kind" aufgefaßt wird?

Diese Fragen stellen, heißt sie beantworten[252].

Damit wird zwar klargestellt, daß bei einer Bejahung der Kindeswohlgefährdung durch Sachverständige eine Kindeswohlgefährdung vom Richter nicht mehr verneint werden kann, über die juristische Kategorie der Wahrscheinlichkeit des Schadenseintritts ist damit jedoch noch keine Aussage getroffen. Denn es ist auch sehr wohl vorstellbar, daß ein Sachverständiger nicht genau feststellen kann, ob schon eine seelische Kindeswohlgefährdung vorliegt oder

251) Böckenförde aaO.
252) so auch Alternativkommentar-Münder § 1666, 18.

nicht. Welche Wahrscheinlichkeit soll dann für einen Schadenseintritt gefordert werden, um einen Eingriff in das elterliche Sorgerecht vornehmen zu können?

Hier ist nun eine Parallele zu ziehen zum Begriff der "Eignung zur sittlichen Gefährdung", der in § 1 GjS als Voraussetzung für ein Verbot normiert ist. Die Entscheidung über die Eignung zur Jugendgefährdung enthält - ebenso wie der Begriff der Kindeswohlgefährdung - ein vorausschauendes und richtungsweisendes Urteil mit erheblichem Einschlag wertender Elemente.

Auch in § 1 GjS ist nach dem Grad der Wahrscheinlichkeit für die Gefährdung zu fragen. Diese Frage hat das Bundesverwaltungsgericht in einer die frühere Rechsprechung aufgebenden Entscheidung[253] dahingehend beantwortet, daß die naheliegende Gefahr eines ernsthaften Entwicklungsschadens nicht mit einer an Sicherheit grenzenden Wahrscheinlichkeit feststehen müsse, sondern daß - da eine derartige Feststellung nach dem derzeitigen Stand der Wissenschaft nicht möglich sei - einfache Wahrscheinlichkeit ausreiche. Der Nachweis sei als erbracht anzusehen, "wenn anzunehmen ist, daß eine Gefährdung ... mutmaßlich eintreten wird"[254]. Dabei sei darauf zu achten, daß auch gefährdungsgeneigte und labile Jugendliche vor einer Gefährdung ihrer Entwicklung geschützt werden, nicht nur solche, die durch Veranlagung oder Erziehung gegen Schädigungen ohnehin geschützt sind.

Die Parallelen zum Begriff der Kindeswohlgefährdung in § 1666 BGB sind nicht zu übersehen:

- Auch bei der Entscheidung über das Vorliegen einer

253) BVerwG NJW 72, 596 ff. = BVerwGE 39, 197 ff.
254) BVerwG NJW 72, 596 ff. (598).

Kindeswohlgefährdung ist ein vorausschauendes Urteil unter Einschaltung wertender Elemente gefordert.

- Auch über den Eintritt eines Schadens am psychischen Kindeswohl lassen sich nach dem Stand der Wissenschaft keine Aussagen treffen, die "mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit" zutreffen.

- Auch bezüglich des seelischen Kindeswohls müssen gerade anfällige und labile Jugendliche geschützt werden, nicht nur solche, die durch Veranlagung oder Erziehung gegen Schädigungen des psychischen Wohls ohnehin geschützt sind.

Ferner läßt sich auch kein Unterschied in der Wertigkeit der Begriffe und der zu schützenden Güter erkennen: Beidesmal geht es um Schäden, die nicht sicher vorauszusagen sind, vor denen die Kinder geschützt werden müssen und bei denen ein Abwarten bis zur Möglichkeit einer "sicheren Vorhersage" nicht verantwortet werden kann, da dann schon ein - meist irreparabler - Schaden eingetreten ist oder sein Eintreten nicht mehr verhindert werden kann. Wegen der Gleichheit der zu regelnden Sachverhalte ist hier eine gleiche Lösung zu befürworten: auch bei der Frage, ob eine Gefährdung des seelischen Kindeswohls vorliegt, soll einfache Wahrscheinlichkeit zum Nachweis ausreichen.

Sollte der Eintritt eines psychischen Schadens "mutmaßlich" gegeben, sein, d.h. nicht nur durch eine Außenseitermeinung in der wissenschaftlichen Fachrichtung bejaht werden, so soll diese einfache Wahrscheinlichkeit des Vorliegens einer seelischen Kindeswohlgefährdung für den Tatbestand des § 1666 Abs. 1 BGB ausreichen.

Ebenso soll, wenn auch durch wissenschaftliche Erkenntnisse nicht ausdrücklich eine Gefährdung bejaht oder verneint

werden kann, die einfache Wahrscheinlichkeit ihres Vorliegens ausreichen, um dieses Tatbestandsmerkmal des § 1666 Abs. 1 BGB zu bejahen.

Aus dem oben gesagten geht auch hervor, daß es keineswegs erforderlich sein muß, daß die Schäden konkret benannt werden, sondern es muß nur eine konkrete Gefährdung vorliegen. Dafür ist es jedoch ausreichend, wenn verschiedene Schäden als möglich dargestellt werden und wenn nach keiner der als wahrscheinlich in Betracht gezogenen Entwicklungsalternativen jedwelcher Schaden ganz auszuschließen ist. Wenn die Darstellung von verschiedenen Schäden bei verschiedenen Entwicklungsalternativen in einem Gutachten erfolgt, so ist es mit dem Kindesschutz nicht zu vereinbaren, wenn der Richter wegen mangelnder Bestimmtheit der zu erwartenden Schäden keinen als wahrscheinlich ansieht und deshalb die Gefährdung verneint[255].

Der ausreichende Nachweis der seelischen Kindeswohlgefährdung durch einfache Wahrscheinlichkeit erscheint weiter gerechtfertigt, wenn man das Problem der Gefährdung aus der Sicht des erforderlichen Beweismaßes betrachtet und zudem in Betracht zieht, wer die Beweislast zu tragen hat.

Zwar gibt es im Bereich der freiwilligen Gerichtsbarkeit, nach deren Verfahrensgrundsätzen hier zu verfahren ist, keine Beweislast, sondern nur eine objektive Feststellungslast (materielle, objektive Beweislast), die regelmäßig das Risiko bezeichnet, daß bestimmte Tatsachen nicht aufzuklären sind, die das Gesetz zur Voraussetzung bestimmter Maßnahmen macht[256], doch kann diese Feststellungslast ähnliche Auswirkungen wie die Beweislast haben. Da ein Rechtssatz nur angewendet werden darf, wenn alle

255) so Harbauer S. 42 ff. (43).
256) so definiert bei Zenz, Kindesmißhandlung, S. 348.

seine tatsächlichen Voraussetzungen vorliegen, trägt in diesem Fall - wenn die Kindeswohlgefährdung nicht mit der bisher geforderten an Sicherheit grenzenden Wahrscheinlichkeit festgestellt werden kann - der Staat die Feststellungslast[257]. Ein Eingriff hätte zu unterbleiben, die Abwägung ginge nach dem Motto "in dubio pro parentibus".

Diese Betrachtungsweise stellt jedoch zu sehr auf die Gefahr eines übermäßigen Eingriffs des Staates in das Elternrecht ab und läßt die Gefahr des unzureichenden Schutzes von Kindesrechten außer Betracht[258].

Es wird schlicht übersehen, daß primär nicht der Staat die Lasten des unterbliebenen Eingriffs zu tragen hat, sondern das betroffene Kind.

Es geht eben nicht so sehr um die widerstreitenden Interessen von Eltern und Staat, sondern es geht vor allem um den Schutz der Kindesrechte und um den Schutz des Kindes. Verfolgt man die Linie des Erfordernisses eines "mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit" zu führenden Nachweises der Kindeswohlgefährdung weiter, so kann es zu der Situation kommen, daß bei einem "non liquet" der Kindesschutz ganz entfällt. Damit wird aber dem Kind die größte Risikobelastung aller Beteiligten zugemutet, was schlichtweg nicht akzeptabel ist[259].

Auch aus diesem Grunde ist das Erfordernis eines Nachweises "mit an Sicherheit grenzende Wahrscheinlichkeit" abzulehnen und ein Nachweis mit einfacher Wahrscheinlichkeit als ausreichend zu betrachten.

Diese einfache Wahrscheinlichkeit ist eine niedrigere

257) Bärmann S. 112; Jansen § 12, 9, 10.
258) Zenz, Kindesmißhandlung, S. 384.
259) Zenz, Kindesmißhandlung, S. 386.

Wahrscheinlichkeitsstufe als die bislang in § 1666 Abs.1 BGB geforderte "ziemliche Sicherheit", die etwa mit der "an Sicherheit grenzende Wahrscheinlichkeit" gleichzusetzen ist. Aufgrund der schwer zu prognostizierenden psychischen Entwicklung und der Auswirkung eines Verhaltens auf diese erscheint diese Neuinterpretation des Gefährdungsbegriffes jedoch gerechtfertigt. "Mit ziemlicher Sicherheit" lassen sich im psychischen Bereich eben nur dann Schäden voraussagen, wenn sie idR nicht mehr verhindert werden können. Ein Abwarten bis zu diesem Zeitpunkt widerspricht jedoch einem angemessenen, gefahrenabwehrenden Kindesschutz.

Wollte man an der bisherigen Interpretation festhalten, würde damit der Schutz des seelischen Kindeswohls in § 1666 BGB zu kurz kommen und die kindliche Psyche weiterhin vernachlässigt werden, obwohl längst erkannt wurde, daß psychische Gefahren für das Kindeswohl mindestens genauso schwer wiegen wie physische.

Mit dieser Neuinterpretation des Gefährdungsbegriffes lassen sich zudem noch Probleme befriedigend lösen, die bislang nur unzureichend einer Lösung zugeführt werden konnten. So konnten bisher einige Probleme, die im Bereich der Mitarbeitspflicht von Kindern im elterlichen Haus und Geschäft (§ 1619 BGB) entstanden sind, nicht zufriedenstellend gelöst werden[260].

So wurde zwar erkannt, daß durch eine verstärkte Beanspruchung der Arbeitskraft des Kindes dieses in seiner Persönlichkeitsentwicklung beeinträchtigt und dadurch in seinem Wohl gefährdet werden kann, ein Eingriff in das elterliche Sorgerecht über § 1666 Abs.1 BGB konnte nach der herrschenden Interpretation jedoch in den meisten

260) in Staudinger-Coester § 1619, 44.

Fällen nicht erfolgen.

Lösungsversuche[261] über eine großzügigere Zuerkennung von bereicherungsrechtlichen Ansprüchen gegen die Eltern können nicht befriedigen, da solche Ansprüche allenfalls die Funktion eines Schmerzensgeldes erfüllen können. Dem System und der Funktion des Kindesschutzes im Kindschaftsrecht sind solche schmerzensgeldgleichen Schutzansprüche jedoch fremd: Es gilt, eine anspruchsauslösende Sitiuation schon gar nicht entstehen zu lassen, also eine Schädigung zu verhindern. Kindesschutz bedeutet gerade nicht Billigung von Gefährdungssituationen und Anerkennung von Ausgleichsansprüchen, vielmehr entspricht es dem System des Kindesschutzes, die Ursachen zu bekämpfen und Schädigungssituationen zu vermeiden.

Infolge der Neuinterpretation des Gefährdungsbegriffs in § 1666 BGB könnten auch solche Situationen[262] befriedigend über diese Norm gelöst werden. Eine Zuerkennung eines bereicherungsrechtlichen Ausgleichsanspruches wäre dann nicht mehr erforderlich.

**f. Bestehen der Gefährdung**

Ist die Gefährdung des Kindeswohls nach dem oben ausgeführten als hinreichend wahrscheinlich zu bezeichnen, so fordert § 1666 Abs.1 BGB als weitere Tatbestandsvoraussetzung, daß diese hinreichend wahrscheinliche Gefährdung

261) Staudinger-Coester aaO.
262) in FRES 10, 0707; LG Freiburg FamRZ 84, 76.

noch besteht[263]. Damit werden alle diejenigen Fälle ausgeblendet, in denen ein - länger oder erst kurz - zurückliegendes Elternverhalten zwar die Annahme einer Gefährdung berechtigterweise hervorrief, dies jedoch im maßgeblichen Zeitpunkt[264] nicht mehr der Fall ist.

Dabei kommen 2 Möglichkeiten in Betracht, durch welche die Gefährdungssituation beendet werden konnte:

1) Die Gefährdung hat sich in der Zwischenzeit verwirklicht, d.h. der Schaden ist eingetreten. Wenn man Gefährdung als Vorstufe des Schadens ansieht, so ist nur dann noch eine Gefährdungssituation zu bejahen, wenn der Schaden noch vergrößert werden kann, d.h. der jetzige Schaden nur eine Vorstufe des endgültigen, schwereren Schadens ist[265].

2) Die gefährdende Situation ging vorüber bzw. wurde beseitigt, ohne daß Auswirkungen auf das Kind ersichtlich sind oder noch auftreten können.

In beiden Fällen muß jedoch auch eine Wiederholungsgefahr ausgeschlossen sein, sonst würde allein diese die bestehende Gefährdung des Kindeswohls begründen[266].

Vor einer vorschnellen Feststellung der nicht mehr vorliegenden Gefährdung muß jedoch gewarnt werden: Es kann nicht genügen, daß die Verantwortlichen erklären, sie seien wohl "etwas zu weit" gegangen, sondern "es muß" aus

263) dieses Merkmal wird zumeist unter dem Gesichtspunkt "Gegenwärtigkeit der Gefährdung" abgehandelt, dieser Begriff soll hier jedoch vermieden werden, da die einfache Wahrscheinlichkeit der Gefährdung ausreicht.
264) entscheidend ist die Beurteilung zur Zeit der letzten mündlichen Verhandlung.
265) so auch Erman-Ronke § 1666, 6 a.E.
266) MünchKomm-Ergänzungsband § 1666, 42.

ihrem Verhalten "deutlich werden, daß die zukünftige Beachtung der Erziehungsgrundregeln zu erwarten ist "[267].

Auch in dem Fall, daß sich die Gefährdung bereits zum Schaden verwirklicht hat, ist nur in den seltensten Fällen das weitere Bestehen einer Gefährdung zu verneinen: Ist ein psychischer Schaden eingetreten, so läßt sich idR seine Auswirkung und eventuelle "Progression" nicht genau festlegen oder ausschließen. Einen einfachen Sachverhalt wie bei physischer Mißhandlung, bei der sich die physische Gefährdung letztendlich in einem Beinbruch verwirklicht und damit beendet ist, liegt bei seelischen Schäden nicht vor. Hier ist stets mit einer Vergrößerung des Schadens zu rechnen, womit idR die Gefährdungssituation fortbesteht[268].

Bei der Betrachtung und Feststellung der nicht mehr bestehenden Gefährdung muß auch, was vor allem bei der Gefährdung des psychischen Kindeswohls von erheblicher Relevanz ist, beachtet werden, ob nicht das Erlebte für das Kind im psychischen Bereich Auswirkungen hat, die jetzt noch nicht erkannt werden, z.B. weil sie vom Kind bewußt verdrängt werden.

Hier muß wieder auf das oben Ausgeführte zum Begriff der Größe der Gefährdung zurückgegriffen werden: Ist es hinreichend wahrscheinlich, daß sich das Erlebte, das u.U. zur Zeit verdrängt wird (was jedoch von Fachleuten festgestellt werden kann), später in einem Schaden für das Kindeswohl bemerkbar macht, ist eine hinreichend wahrscheinliche Gefährdung zu bejahen und deshalb ein Eingrei-

267) Horndasch S. 137.
268) anders wäre etwa zu entscheiden, wenn ein Kind durch elterliches Fehlverhalten mit ernsthaften Suizidgedanken umgeht, und damit sein Wohl gefährdet ist. Verwirklicht sich hier die Gefährdung, so kann eine weiterbestehende Gefährdung verneint werden.

fen des Vormundschaftsgerichtes gem. § 1666 Abs. 1 BGB gerechtfertigt.

Ist diese hinreichende (=einfache) Wahrscheinlichkeit jedoch nicht gegeben, handelt es sich lediglich um die Besorgnis einer zukünftigen Gefährdung, die für einen Eingriff gem. § 1666 Abs. 1 BGB nicht ausreichend ist[269].

Beachtet werden müssen diese Spätfolgen jedoch auf alle Fälle vor allem im psychischen Bereich[270], wobei auch stets zu untersuchen ist, ob eine (beseitigte) physische Gefährdung nicht noch Auswirkungen im psychischen Bereich haben kann. Nur so kann umfassend gewährleistet werden, daß aus dem Elternverhalten für das Kind - auch in Zukunft - keine Schäden entstehen.

**g. Gefahrabwendungsbereitschaft der Eltern**

Das oben behandelte Merkmal der "bestehenden Gefährdung" ist nicht zu verwechseln mit der Tatbestandsvoraussetzung, daß der Eingriff unterbleiben muß, wenn die Eltern gewillt und in der Lage sind, die Gefahr abzuwenden.

Während das oben genannte Merkmal der bestehenden Gefährdung feststellen soll, ob eine Gefährdung besteht oder

269) Soergel-Lange § 1666, 33 mwN.
270) dies wurde in der Entscheidung OLG Stuttgart JZ 85, 848 offenbar nicht beachtet. Es wurde auch übersehen, daß Geschlechtsverkehr von Kindern als Gewalt empfunden wird, ebenso wie vergessen wurde der Frage nachzugehen, ob durch das Erleben eine Hemmung der normalen sexuellen Entwicklung beim Kind eintreten wird.

nicht, ist das letztgenannte Merkmal dazu da, festzustellen, wer zur Gefahrenabwehr berufen ist. Grundsätzlich obliegt dies den Eltern, bei deren Unfähgikeit dazu - wobei es gleichgültig ist, ob die Unfähgikeit auf Hilflosigkeit, Unwillen, fehlender Einsicht oder Gleichgültigkeit beruht[271] - hat subsidiär der Staat aufgrund seines Wächteramtes diese Aufgabe wahrzunehmen.

Diese Subsidiaritätsklausel soll verhindern, daß die Eltern übergangen werden[272] und will die Eltern verstärkt zur Selbsthilfe bewegen[273].

Jedoch dürfte in den meisten der hier zu erörternden Fällen (ablehnende oder indifferente Eltern) diese Frage kaum relevant werden: Da sich die Eltern ohnehin nicht bereit erklären werden, selbst die Gefahr abzuwenden, wenn sie überhaupt einsehen, daß ihr Verhalten das Kind gefährdet. Es kann jedoch vorkommen, daß die Eltern - ohne einen grundsätzlichen Bewußtseinswandel durchzumachen - sich bereiterklären, der Gefährdung abzuhelfen, weil dies die einfachste und schnellste Weise zu sein verspricht, aus dem Verfahren wieder "entlassen" zu werden.

Doch ebenso wie beim Bejahen der nicht mehr vorliegenden Gefährdung muß auch hier vor einem vorschnellen "Einlenken" des Gerichts und einer allzu großen Überschätzung des elterlichen Willens und der elterlichen Fähigkeit, die Gefahr abzuwenden, gewarnt werden.

Gerade bei der Gefahr von seelischen Schäden wird es nicht genügen, daß die Eltern im Verlauf des vormundschaftsge-

271) Palandt-Diederichsen § 1666, 4 b; MünchKomm-Ergänzungsband § 1666, 41; Horndasch S. 205.
272) BT-Drucksache 8/2788 S. 59; MünchKomm-Ergänzungsband § 1666, 42; Palandt-Diederichsen § 1666, 4 b.
273) MünchKomm-Ergänzungsband § 1666, 42; Palandt-Diederichsen § 1666, 4 b.

richtlichen Verfahrens zu erkennen geben, sie würden ihr Verhalten für die Zukunft ändern. Diese Aussage kann einerseits vom Druck, den dieses Verfahren auf die Erziehungsberechtigten ausübt, ausgelöst sein. Die Eltern geben dann vorschnell das Versprechen ab, ihr Verhalten zu ändern und in der Zukunft dem Kind gegenüber positiv eingestellt zu sein, nur um dem Damoklesschwert des drohenden vormundschaftsgerichtlichen Eingriffs zu entgehen. Solche vorschnellen Versicherungen bieten keine hinreichende Gewähr, daß diese Umstellung tatsächlich und - was wohl meistens der Fall sein dürfte - nicht nur für 14 Tage erfolgt[274].

Andererseits kann diese Aussage zwar schon vom besten Willen getragen sein und die Eltern haben die feste und bestimmte Absicht, das Wohl ihres Kindes in Zukunft nicht mehr zu gefährden, sie sehen aber nicht, welche Verhaltensweisen für ihr Kind schädlich sind und erkennen nicht, daß es damit nicht getan ist, ihrem Kinde z.B. den gewünschten Umgang zu gestatten oder ihm die notwendigen Entfaltungsmöglichkeiten zu geben, wenn sie gleichzeitig fortfahren, es als Versager zu beschimpfen oder ihre täglichen ehelichen Streitigkeiten coram publico auszutragen.

Zudem ist bei einer bestehenden psychischen Gefährdung das Abstellen der Gefahrenquelle oft nicht ausreichend. Hinzukommen sollte meistens noch eine therapeutische Behandlung, um die Gefahren zu verarbeiten, um Spätschäden zu vermeiden.

Aus diesen Gründen sollte nicht vorschnell auf einen Ein-

274) so auch Wiesner ZfJ 81, 509 ff. (512); die vorschnelle Versicherung der Eltern führt dann - wenn sie nicht durchgehalten wird - zu der von Soergel-Lange § 1666, 35 erwähnten "gefährlichen Bewährungszeit", die auf alle Fälle vermieden werden sollte.

griff verzichtet werden, nur weil die Bereitschaftserklärung der Eltern vorliegt, die Gefahr abzuwenden. Es muß vielmehr genau festgestellt werden, ob die Erziehungsberechtigten auch die Fähigkeit haben, die in Frage stehenden psychischen Gefahren zu bannen oder durch einen Therapeuten bannen zu lassen[275].

Nach allen diesen Feststellungen kann nur noch gefolgert werden, daß eigentlich das Instrumentarium, das der Gesetzgeber anhand und mit § 1666 BGB zur Verfügung stellte, ausreichend ist, um jeglichen Gefährdungen des Kindeswohls - auch des seelischen - adäquat entgegentreten zu können. Es besteht allenfalls die Gefahr, daß durch die Fortführung der bisherigen Interpretation des Begriffes der "Gefährdung des Kindeswohls" für Gefährdungen des seelischen Kindeswohls zu strenge Maßstäbe aufgestellt werden, die ein Eingreifen des Vormundschaftsgerichts erst möglich machen, wenn der Gefährdung nicht mehr abgeholfen werden kann, sondern diese unweigerlich in einen (meist irreparablen) Schaden umschlägt. Die herrschende und noch auf der alten Tradition beruhenden Interpretation des Gefährdungsbegriffs (wobei man früher davon ausging, daß die psychischen Gefahren sehr selten und nicht sehr groß seien) ist für den vermehrten Schutz des psychischen Kindeswohls ungeeignet und sollte daher durch eine Neuinterpretation der heutigen Situation (in der man die Gleichwertigkeit von psychischen Gefährdungen erkannt hat) angepaßt werden. Ebenso sollte das Bestehen der Gefährdung und die Gefahrenabwehrbereitschaft der Eltern stets sorgfältig geprüft werden.
Im Grunde genommen war damit die Neuregelung des § 1666 BGB - abgesehen von der Beseitigung des heftig umstrittenen Verschuldenserfordernis und der Möglichkeit, auch

275) gegen eine Überschätzung dieses Tatbestandsmerkmals Horndasch S. 204 ff.

Maßnahmen gegen Dritte zu ergreifen - bezüglich des seelischen Kindeswohls rein kosmetischer Natur[276]. Es wurde erkannt, daß vermehrt auf das psychische Wohl einzugehen sei, daß eine Gefährdung auch vorliegen könne, wenn kein körperliches Merkmal für eine solche gegeben ist und daß auch Spätschäden und -folgen in Betracht zu ziehen sind. Aus diesem Grund wurde der Begriff der "seelischen Gefährdung" in den Wortlaut des § 1666 BGB eingefügt, der als Hinweis zur vermehrten Beachtung der Psyche aufzufassen ist. An den durch Interpretation festgelegten Eingriffsvoraussetzungen wurde jedoch nichts geändert.

Neuerungen brachten in dieser Hinsicht lediglich die im Rahmen des SorgeRG eingefügten Normen, die expressis verbis auf das psychische Kindeswohl Rücksicht nehmen und dieses schützen.

Auf diese Normen - die jeweils einzelne Bereiche der Personensorge regeln - soll im folgenden näher eingegangen werden und untersucht werden, inwieweit durch sie das psychische Kindeswohl hinreichend geschützt ist und welche Aussagen sie zu einer möglichen Neuinterpretation des § 1666 BGB treffen können.

276) vgl. auch die Formulierung bei Diederichsen NJW 80, 1 ff. (11): "im wesentlichen durchaus förderlich, keinesfalls schädlich und bisweilen allenfalls unnötig".

## 2. § 1631 a Abs. 2 BGB

### a. § 1631 a Abs. 2 BGB als lex specialis zu § 1666 BGB

Bei § 1631 a Abs. 2 BGB handelt es sich ganz offensichtlich um eine Norm, die auf das psychische Kindeswohl zugeschnitten ist. Vereinzelt wird sie sogar als Sondernorm für Ausbildungsangelegenheiten lediglich zum Schutz des geistigen und seelischen Kindeswohls angesehen[277], das körperliche Kindeswohl soll dabei schon wegen der wohl kaum zu erwartenden Vorfälle außer Betracht bleiben. Nach § 1631 a Abs. 2 BGB ist ein Eingreifen des Vormundschaftsgerichtes angezeigt, wenn "die Entwicklung des Kindes ...beeinträchtigt" wird. Damit soll ein späteres Scheitern des Kindes im Beruf vermieden werden[278]. Dieses "Scheitern" ist dabei nicht primär als physisches Scheitern, als vielmehr als psychisches mit der möglichen Sekundärfolge des physischen Scheiterns zu verstehen. Sowohl durch die "nachhaltige" Beeinträchtigung iS von schädigenden Dauer- und Spätfolgen, als auch durch die "schwere" Beeinträchtigung iS von nachteiligen Auswirkungen auf die psychische Entwicklung des Kindes[279] wird verdeutlicht, daß der Fall der körperlichen Überforderung nicht im Mittelpunkt der Regelungszielsetzung stand[280].

Wegen der Themenbegrenzung auf Kinder unter 14 Jahren ist dabei die Frage des Berufs weniger relevant. Gleichwohl

277) MünchKomm-Ergänzungsband § 1631 a, 22.
278) Soergel-Lange § 1631 a, 2 mwN.
279) MünchKomm-Ergänzungsband § 1631 a, 21.
280) Horndasch S. 176 FN 106 hält dies idR wegen der ärztlichen Untersuchung nicht mehr für möglich.

soll § 1631 a BGB hier behandelt werden, da schon mit der Wahl der Schulbildung entscheidende Weichen für die spätere berufliche Ausbildung und das berufliche Fortkommen gestellt werden.

Zwar ist der Aussage grundsätzlich zuzustimmen, daß Eltern in so wichtigen Angelegenheiten für ihre Kinder wie Ausbildungs- und Berufsfragen selbstverständlich Rücksicht nähmen[281], doch handelt es sich nicht immer um so krasse Beispielsfälle wie diejenigen, daß ein schmächtiger Junge unbedingt Möbelpacker werden soll oder ein farbenblindes Mädchen Dekorateurin. Bei diesen Fällen ist die Fehlentscheidung allzu offensichtlich, deshalb wird die Rücksicht der Eltern in diesen Fällen selbstverständlich sein, d.h. solche Fälle werden wohl nicht vorkommen. Problematischer wird die Rücksichtnahme auf das Kind dagegen schon im Falle der Schulwahl nach der Grundschule.

So räumte auch der Rechtsausschuß in seinem Bericht ein[282], daß es trotz allem noch Fälle gäbe, in denen Fehlentscheidungen getroffen würden und die Eltern es an der gebotenen Rücksicht fehlen ließen. Durch eine verstärkte Rücksichtnahme soll erreicht werden, daß in so lebensgestaltenden Entscheidungen, wie es Ausbildungs- und Berufsfragen für Minderjährige sind[283], das Kind sowohl vor Über- als auch vor Unterforderung bewahrt werden soll[284] und nicht durch falsche, keineswegs mit den Kindesinteressen identischen Gründen in einen Beruf gezwängt wird, in dem es - wenn es überhaupt in der Lage sein

281) Bericht des RA in BT-Drucksache 8/2788 S. 37.
282) BT-Drucksache 8/2788 S. 37.
283) Alternativkommentar-Münder § 1631 a, 5; MünchKomm-Ergänzungsband § 1631 a, 1; Soergel-Lange § 1631 a,2.
284) Belchaus § 1631 a, 8; Friedrichs ZfJ 80, 313 ff. (313), der speziell auf die Problematik der Unterforderung bei Mädchen hinweist, ebenso Soergel-Lange § 1631 a, 2.

sollte, die Ausbildung sinnvoll zu durchlaufen[285] - unglücklich wird und schließlich scheitert[286].

Die Gründe der elterlichen Verhaltensweisen sind dabei variabel. Meistens kann den Eltern wohl nicht abgesprochen werden, daß sie nur "das Beste" für ihr Kind wollen. Sie übersehen aber dabei vielfach, daß dieses "Beste" eigenem falschem Prestigedenken entspringt, eigene unerfüllte Berufswünsche zum Ausdruck bringt[287] oder auch lediglich Angst vor einer Entfremdung des Kindes oder vor eigenem Ansehens- und Autoritätsverlust ausdrücken kann[288]. Die Fälle, in denen die Eltern aus eigennützigen Motiven oder um Druck auf das Kind auszuüben eine Berufs- bzw. Ausbildungsentscheidung treffen, dürften zahlenmäßig nicht so sehr ins Gewicht fallen[289]. Daraus wird deutlich, daß durch § 1631 a BGB dem Kind eine spätere Enttäuschung im Ausbildungs-, Berufs- und Arbeitsleben erspart bleiben soll, eine Enttäuschung also, die sich zuerst im psychischen Bereich des Betroffenen auswirkt, sich später jedoch in vielen anderen Gebieten auswirken kann bis hin zur finanziellen Belastung durch Finanzierung einer Zweitausbildung oder Umschulung.

Bei § 1631 a Abs. 2 BGB handelt es sich also um eine Sondernorm zu § 1666 BGB[290] speziell zum Schutz des seelischen Kindeswohls, über deren Berechtigung schon von Anfang an heftig diskutiert wurde.

285) dies stellt Alternativkommentar-Münder § 1631 a, 5 stark in Frage; ebenso Baer ZfJ 77, 516 ff. (521).
286) BT-Drucksache 8/2788 S. 37.
287) BT-Drucksache 8/2788 S. 37; Soergel-Lange § 1631 a, 2 mwN; Palandt-Diederichsen § 1631 a, 1.
288) Zenz, Entscheidung, S. 91 ff. (96); diess. StAZ 73, 257 ff. (263).
289) Friedrichs ZfJ 80, 313 ff. (313).
290) Soergel-Lange § 1631 a, 9; Simon, Essener Gespräche, S. 128 ff. (140); Horndasch S. 175; Belchaus § 1631 a, 11; Erichsen/Reuter S. 79.

Der Ausgangspunkt war jedoch bei allen Diskutanten derselbe: Die Regelung von Ausbildungs- und Berufsfragen über § 1666 BGB als Generalnorm für den Eingriff in das Personensorgerecht hatte sich als unzureichend erwiesen[291].

Lediglich die Minderheit des Rechtsausschusses hielt eine Sonderregelung für überflüssig und systemfremd:

Mit § 1631 a Abs. 2 BGB würde die alleinige Verantwortung der Eltern für die Kindererziehung in diesem Bereich in Frage gestellt, außerdem könnten Konflikte bei einer erheblichen Kindeswohlgefährdung leicht über § 1666 BGB gelöst werden[292].

Die Minderheit der Rechtsausschusses hat jedoch zweierlei übersehen, was die oben erwähnten Autoren und die Mehrheit des Rechtsausschusses offensichtlich erkannten: Gerade wegen der für das ganze Leben des Kindes wichtigen Entscheidung[293] kann eine Gefährdung schon vorliegen, ohne daß es sich um eine "erhebliche"[294], "gegenwärtige oder zumindest nahe bevorstehende"[295] Gefahr für das Kindeswohl, wie die derzeit h.M. für die Bejahung des § 1666 Abs. 1 BGB fordert, handelt. Es ist sehr wohl möglich, daß diese Gefahr erst als erhebliche erkennbar ist bzw. wird, wenn es sich nicht mehr um "Kindes"wohl handelt, weil der Minderjährige inzwischen volljährig wurde und die falsche Berufswahl sich nicht mehr als Hemmnis in der Persönlichkeitsentwicklung eines Kindes zeigt, sondern zu einer Existenzkrise bei einem Erwachsenen führt[296]. Dies kann

291) so z.B. Kramer JZ 77, 90 ff. (91); Schwab AcP 172, 266 ff. (283); Münder JuS 76, 74 ff.; Knöpfel FamRZ 77, 600 ff. (608); Güllemann MDR 75, 793 ff. (795). Zenz StAZ 73, 257 ff. (261).
292) zit. nach MünchKomm-Ergänzungsband § 1631 a, 4.
293) MünchKomm-Ergänzungsband § 1631 a, 1.
294) Soergel-Lange § 1666, 33.
295) MünchKomm-Ergänzungsband § 1666, 20.
296) Schwab AcP 172, 266 ff. (285).

jedoch die Eltern keineswegs davon entbinden, auch und gerade in diesem Bereich in besonderem Maße sorgfältig zu handeln. Ebensowenig kann es die staatliche Gemeinschaft in der Form des Vormundschaftsgerichts davon abhalten, auch hier das Wächteramt auszuüben, auch wenn die offensichtlichen Auswirkungen nicht noch im Kindesalter, sondern erst im Stadium der Volljährigkeit zum Tragen kommen.

Zum zweiten wird durch eine gesonderte Eingriffsnorm und die damit eventuell[297] verbundene Herabsetzung der Eingriffsschwelle die alleinige Verantwortung der Eltern für die Kindererziehung in diesem Bereich keineswegs in Frage gestellt. Sie wird eher hervorgehoben und betont und die Eltern werden darauf hingewiesen, daß ihre Entscheidung in diesem Bereich besonders verantwortungsbewußt und überlegt getroffen werden soll.
Abgesehen von der allgemein anerkannten Ansicht, § 1631 a Abs. 2 BGB stelle eine ein Sondernorm zu § 1666 BGB dar, ist das Verhältnis dieser beiden Normen jedoch umstritten.

Dabei setzt der Streit hauptsächlich beim Punkt der Eingriffsvoraussetzungen, d.h. bei der Höhe der Eingriffsschwelle an.
Die Mehrheit des Rechtsauschusses vertrat die Meinung, § 1631 a Abs. 2 BGB bedeute eine Herabsetzung der Eingriffsschwelle gegenüber dem allgemeinen Eingriffstatbestand des § 1666 BGB, da § 1631 a Abs. 2 BGB die Rechtzeitigkeit des Eingriffs gewährleisten solle, auch wenn noch keine für § 1666 BGB erforderliche gegenwärtige, zumindest nahe bevorstehende Gefährdung für die Kindesentwicklung vorhanden sei: Die Sondernorm solle gerade davor bewahren, im (allgemeinen) § 1666 BGB die Eingriffsschwelle herabsetzen zu müssen[298].

297) zu diesem Streitpunkt siehe unten.
298) BT-Drucksache 8/2788 S. 50; Knöpfel FamRZ 77, 600 ff. (608); bejahend auch Schleicher ZfSH 80, 33 ff. (37).

Wegen der Nichtfeststellbarkeit dieser Gefährdung zum Zeitpunkt der Berufs- bzw. Ausbildungswahl[299] sollen über § 1631 a Abs. 2 BGB Eingriffe möglich sein, auch wenn die Voraussetzungen der §§ 1666, 1666a BGB noch nicht gegeben sind[300], deren Eingriffstatbestände also noch nicht erfüllt sind[301]. Der Eingriff über § 1631 a Abs. 2 BGB erfolgt schon im Vorfeld des Eingriffs über § 1666 BGB[302], da sich die Gefährdung erst in fernerer Zukunft ergibt[303].

Demgegenüber vertritt die Gegenmeinung die Auffassung, § 1631 a Abs. 2 BGB stelle keine Herabsetzung der Eingriffsschwelle im Verhältnis zu § 1666 BGB dar, sondern bedeute lediglich eine Konkretisierung der Eingriffsvoraussetzungen im Sonderfall von Ausbildungs- und Berufsangelegenheiten[304]. Inhaltlich entspreche § 1631 a Abs. 2 BGB § 1666 BGB[305], so daß ohne dessen Existenz im Rahmen von § 1666 BGB gleich zu entscheiden wäre[306]. Die "nachhaltige und schwere Beeinträchtigung" deute lediglich auf eine prognostisch zu beurteilende, zukünftige Gefahr für das Kindeswohl hin und entspreche dem richtigen Verständnis von § 1666 BGB als einer auch präventiven Hilfe[307]. Der prognostische Zuschnitt der Gefährdung[308] sei auch in § 1666 BGB enthalten und mache daher die Regelung in § 1631 a

299) Palandt-Diederichsen § 1631 a, 3a.
300) Erman-Ronke § 1631 a, 8.
301) Soergel-Lange § 1631 a, 3; Belchaus § 1631 a, 11; vgl. auch neuestens BayObLG FamRZ 82, 634.
302) Friedrichs ZfJ 80, 313 ff. (315); Schmitt Glaeser S. 18; für einen vorverlagerten Eingriff auch Erichsen/Reuter S. 81; ausdrücklich die niedrigere Eingriffsschwelle befürwortend auch Simon, Essener Gespräche, S. 128 ff. (140).
303) Palandt-Diederichsen § 1631 a, 3 a; Soergel-Lange § 1631 a, 9; Belchaus § 1631 a, 12; Jans/Happe § 1631 a, 5; Holtgrave JZ 79, 665 ff. (667); Simon JuS 79, 752 f. (752); Diederichsen NJW 80, 1 ff. (5).
304) MünchKomm-Ergänzungsband § 1631 a, 22.
305) Alternativkommentar-Münder § 1631 a, 4.
306) MünchKomm-Ergänzungsband § 1631 a, 22.
307) Alternativkommentar-Münder § 1631 a, 4.
308) Gernhuber, Familienrecht, § 49 VIII 8.

Abs. 2 BGB überflüssig[309]. Dies mag zwar richtig sein, jedoch steht die Tatsache der anderen Auslegung des § 1666 Abs. 1 BGB in der Praxis dieser Meinung entgegen und verhindert de facto einen ausreichenden Schutz des Kindeswohls in diesen Bereichen über § 1666 Abs. 1 BGB.
Außerdem wird die falsche Plazierung im Normengefüge des Kindschaftsrechts bemängelt[310].

Dieser Streit ist vor allem zur Feststellung einer Tatsache wichtig: Der Schutz des Kindeswohls in diesem Bereich (und hier handelt es sich hauptsächlich um das seelische Kindeswohl) war über § 1666 BGB in seiner bisherigen Form und Auslegung bis zur Schaffung von § 1631 a Abs. 2 BGB unzureichend[311]. Diese Sondernorm wurde geschaffen, um auch präventive Hilfe und Schutz vor erst zukünftigen, jetzt noch nicht übersehbaren, sich psychisch auswirkenden Schäden bieten zu können, "denn persönlichkeitsbestimmende Fehlleistungen gefährden von Anfang an, nicht erst dann, wenn sie sich manifestieren"[312]. Nach bisheriger Interpretation der Eingriffsmöglichkeit über § 1666 BGB mußte in Ausbildungs- und Berufsfragen ein willkürliches, böswilliges und keineswegs zu rechtfertigendes Elternverhalten vorliegen[313], um einen Eihgriff zu rechtfertigen.

Der Gesetzgeber wollte darauf hinwirken, daß die zu Angelegenheiten von Ausbildung und Beruf begonnene Rechtsprechung in § 1666 BGB nicht fortgeführt und die unangemessene Beschränkung für diesen Bereich nicht aufrechter-

309) Alternativkommentar-Münder § 1631 a, 4.
310) Gernhuber, Familienrecht, § 49 VIII 8, dies trifft m.E. jedoch nicht zu, da § 1631 a als ein Konkretisierung von § 1626 Abs. 2 BGB anzusehen ist; so auch Friedrichs ZfJ 80, 313 ff. (315).
311) Soergel-Lange § 1631 a, 3; Schleicher ZfSH 80, 33 ff. (36); Zenz StAZ 73, 257 ff. (261).
312) Gernhuber, Familienrecht, § 49 VIII 8.
313) so noch OLG Schleswig SchlHA 57, 280 f.; Staudinger-Göppinger § 1666, 88.

halten wurde[314]. Deshalb ließ er es auch nicht beim Wegfall des Verschuldensprinzips in § 1666 BGB bewenden, dessen Vorhandensein von manchen als Ursache des mangelhaften Kindesschutzes angesehen wurde, sondern schuf mit § 1631 a Abs. 2 BGB eine ebenfalls verschuldensunabhängige[315] Eingriffsnorm, um dem vermehrten Bedürfnis nach Schutz des Kindeswohles vor auch erst weit in der Zukunft liegenden Gefährdungsfällen gerecht werden zu können, auch wenn dies lediglich ein "Ausdruck gesteigerter Sensibilität der Zeit in allen Angelegenheiten der Bildung und Ausbildung" ist[316].

Auch die Wahl der einengenden Worte "offensichtlich", "nachhaltig" und "schwer", durch die der Gesetzgeber das Eingreifen des Vormundschaftsgerichts auf offentsichtliche Fehlentscheidungen beschränken will[317], kann daran nichts ändern. Nimmt man den Schutzzweck des § 1631 a Abs. 2 BGB ernst, der ein Scheitern des Kindes in Ausbildung und Beruf verhindern will, so kann wegen der mangelnden Erkennbarkeit von "nachhaltigen" und "schweren" Schäden in der Zukunft nur dieselbe Wertung wie bei den "erheblichen" Schäden des § 1666 BGB getroffen werden: Nicht erst ein schwerer drohender Schaden, sondern jeder drohende Schaden im psychischen Bereich ist als hinreichende Eingriffsvoraussetzung anzusehen. Die "Nachhaltigkeit" und "Schwere" kann nur so aufgefaßt werden, daß nicht bei jedem subjektiven Unlustgefühl eines Kindes, diesen Ausbildungweg zu beschreiten, eingegriffen werden kann, sondern nur bei wirklichen Gefährdungen. Auch insoweit kann die "Wortwahl" als "nicht geglückt"[318] angesehen werden.

314) Erman-Ronke § 1631 a, 8; Schreiber S. 6.
315) MünchKomm-Ergänzungsband § 1631 a, 22; Friedrichs ZfJ 80, 313 ff. (317).
316) Gernhuber, Familienrecht, § 49 VIII 8.
317) Erman-Ronke § 1631 a, 8.
318) Erman-Ronke § 1631 a, 9.

Hier wurde also erkannt, daß bei Gefahr für das seelische Kindeswohl der Schutz über § 1666 BGB nach der herrschenden Interpretation nicht ausreichend ist und verbessert werden sollte. Der Gesetzgeber vertraute auch nicht auf eine bloße Neuinterpretation von § 1666 BGB[319], sondern hielt eine Sondernorm für erforderlich, um auf die Schutzwürdigkeit erst in Zukunft eintretender und erkennbar werdender psychischer Schäden hinzuweisen.

Die Schaffung dieser Norm stellt somit einen nicht zu übersehenden Hinweis dar, daß die Interpretation der herrschenden Meinung des Begriffes der "Gefährdung des Kindeswohls" bei Gefahren für das psychische Kindeswohl für die Erfordernisse eines hinreichenden Kindesschutzes ungenügend bzw. unbrauchbar ist, das psychische Kindeswohl dadurch nicht ausreichend geschützt werden kann.

**b. "Eignung und Neigung"**

Im folgenden soll nun untersucht werden, ob durch die Schaffung des § 1631 a Abs. 2 BGB mit seiner konkreten Formulierung nicht doch wieder zu enge Voraussetzungen für einen Eingriff in das elterliche Personensorgerecht zum Schutz des seelischen Kindeswohls geschaffen wurden.
Nach der Meinung der Mehrheit im Rechtsausschuß[320] soll ein Eingreifen des Vormundschaftsgerichts nur dann geboten sein, wenn die Eltern kumulativ weder auf Eignung noch auf Neigung des Kindes Rücksicht nehmen[321]. Im Hinblick auf

319) so z.B. von Güllemann MDR 75, 793 ff. (795); Münder JuS 76, 74 ff.; Kramer JZ 74, 90 ff. (91).
320) BT-Drucksache 8/2788 S. 50.
321) so auch Erman-Ronke § 1631 a, 8; Belchaus § 1631 a, 13; Friedrichs ZfJ 80, 313 ff. (317).

die Notwendigkeit eines vollständigen Kindesschutzes ist diese Ansicht jedoch abzulehnen, und dahingehend eine Entscheidung zu treffen, daß schon bei Nichtbeachtung eines der in § 1631 a Abs. 2 S. 1 BGB aufgezählten Merkmale genügen muß, um zusammen mit den weiteren Tatbestandsvoraussetzungen die Eingriffsbefugnis des Vormundschaftsgerichts nach § 1631 a Abs. 2 BGB zu bewirken. Zum einen kann aus dem Normtext nicht entnommen werden, daß stets ein kumulatives Nichtbeachten von Eignung und Neigung vorliegen muß, was auch schon daraus hervorgeht, daß Eignung und Neigung nicht die einzigen zu berücksichtigenden Faktoren darstellen[322]. Zum anderen kann allein die Nichtbeachtung eines dieser Faktoren zu eben jenen Gefahren führen, die man durch § 1631 a Abs. 2 BGB bannen will. So kann die Nichtbeachtung der Neigung zu schweren Schäden in der kindlichen Entwicklung führen, wenn das Kind diese Ausbildung entschieden ablehnt und die Leistung darin verweigert. Ebenso kann auch die kindeswunschgemäße Ausbildung, für die dem Kind jedoch Geschick und Begabung fehlt, schließlich zu jenem Scheitern im Beruf führen, das gerade vermieden werden soll[323]. Auch für diese Fälle sollte also der Weg über § 1631 a Abs. 2 BGB offen sein[324], da bei einer Belassung dieser Fälle im Bereich

322) so will Palandt-Diederichsen § 1631 a, 2 a auch wirtschaftliche Gegebenheiten, Gesundheitszustand u.ä. beachtet wissen; Erman-Ronke § 1631 a, 9.

323) so auch Schreiber S. 147 f; MünchKomm-Ergänzungsband § 1631 a, 19.

324) hierzu auch den Beschluß BayObLG FamRZ 82, 634, der offensichtlich nicht davon ausgeht, daß stets eine kumulative Verletzung von Eignung und Neigung vorhanden sein muß, um § 1631 a Abs. 2 BGB anwenden zu können. Zudem läßt der Senat nur solche Neigungen relevant sein, die mit der Eignung nicht in Widerspruch stehen, so daß bei einer dann geforderten kumulativen Verletzung von Eignung und Neigung wieder eine erhebliche Lücke im Schutz des seelischen Kindeswohls wäre, nämlich bei Nichtbeachtung von Neigungen, die eben nicht eignungsidentisch sind. Die eignungsidentischen und damit beachtlichen Neigungen festzustellen ist für die Betroffenen selbst oft

des § 1666 BGB die Gefahr bestehen bleibt, lediglich einen unzureichenden Schutz zu gewähren, da dann wieder die Erfordernisse eines "willkürlichen" oder "böswilligen" Elternverhaltens vorliegen müssen.

Für § 1631 a Abs. 2 BGB ist somit festzustellen, daß nicht zu sehr am Wortlaut gehaftet werden darf, und eine offene Interpretation dieser Norm zu befürworten ist, um den Schutz des seelischen Kindeswohls vor Gefährdungen in diesem Bereich voll zu verwirklichen.

### 3. § 1632 Abs. 4 BGB

Diese durch das SorgeRG neu eingefügte Norm dient dem verstärkten Schutz der Pfegekinder. Vor allem soll damit einer Gefährdung des persönlichen Wohls, insbesondere des seelischen Kindeswohles entgegengewirkt werden[325].

Dabei ist die Einordnung in den hier zu erörternden Themenbereich nicht ohne weiteres klar: Befindet sich ein Kind in Familienpflege - und nur bei Familienpflege ist § 1632 Abs. 4 BGB relevant, nicht jedoch bei Pflege in einem Heim, mag dieses auch ein Kleinstheim mit Familiencharakter sein[326] - so handelt es sich keineswegs aus-

schwer möglich, vor allem bei Berufen im künstlerischen Bereich, s. auch Horndasch S. 174.

325) BT-Drucksache 8/2788 S. 40.

326) BayObLG NJW 84, 2168; LG Frankfurt FamRZ 84, 729; Hamm NJW 85, 3029; Erman-Ronke § 1632, 27; - a.M. Alternativkommentar-Münder § 1632, 4: entscheidend ist, ob familienähnliche Verhältnisse entstanden sind; Finger ZfJ 85, 342 ff.

schließlich um eine - zumindest nach außen hin als solche scheinende - intakte Familiensituation, sondern es ist schon ein von der Normalität abweichende Situation eingetreten: Das Kind wird dauernd, also nicht nur tagsüber oder stundenweise, von anderen Personen als seinen Eltern und Erziehungsberechtigten erzogen und findet bei seinen "Ersatzeltern" ein Zuhause. Es bestehen hier also zwei Familiensituationen: die der Pflegeeltern mit ihrem Pflegekind, die insoweit eine "intakte" und "normale" Familie darstellen und diejenige der leiblichen Eltern, die bis jetzt keine normale Familie waren, es aber dadurch, daß sie ihr Kind wieder zu sich nehmen, sein wollen.
Trotz der Anomalie der Familiensituation ist aber § 1632 Abs. 4 BGB in diesen Themenbereich einzubeziehen, da es sich noch um keine scheidungsbedingte Trennungssituation des Kindes von den leiblichen Eltern handelt, in der zwei gleichberechtigte aber entgegengesetzte Interessen der leiblichen Eltern mit dem Kindeswohl abzuwägen sind.

**a. § 1632 Abs. 4 BGB als lex specialis zu § 1666 BGB**

Bei § 1632 Abs. 4 BGB handelt es sich um eine Sonderregelung gegenüber § 1666 BGB[327], jedoch nicht materiellrechtlich, sondern verfahrens-rechtlich[328]. Materiellrechtlich fordert § 1632 Abs. 4 BGB - durch die Bezugnahme auf § 1666 BGB wird dies deutlich - das Vorliegen der Voraussetzungen des § 1666 BGB, d.h. eine Gefährdung des Kindeswohls durch elterliches Verhalten[329].

327) Gleißl/Suttner FamRZ 82, 122 ff. (127).
328) Palandt-Diederichsen § 1632, 3 b dd.
329) Gleißl/Suttner FamRZ 82, 122 ff. (126); Baer FamRZ 82, 221 ff. (223); MünchKomm-Ergänzungsband § 1632, 14; Palandt-Diederichsen § 1632, 3 b dd; Erman-Ronke § 1632, 24; Erichsen/Reuter S. 86 f.

Diese Gefährdung kann idR nur darin liegen, daß die Bindungen des Kindes an die Pflegeperson(en) abgebrochen werden, obwohl sie im Rahmen der Kontinuität der Bezugsperson für die weitere Entwicklung des Kindes von wesentlicher Bedeutung sind[330].

Seltener sind die Fälle, in denen weniger die Frage der Bindungen des Kindes und deren Abbruch als Kindeswohlgefährdung in Betracht kommen, als vielmehr die Abwicklung bei der Herausnahme des Kindes aus der Pflegefamilie und seine Eingliederung in die Familie seiner leiblichen Eltern auf so große Schwierigkeiten stößt, daß das Kindeswohl dadurch gefährdet ist[331].

Eine Gefährdung des Kindeswohls durch das Herausgabeverlangen der Eltern soll dann bejaht werden können, wenn ein Aufenthaltswechsel beim Kind voraussichtlich schwere und womöglich bleibende körperliche, geistige oder seelische Schäden hervorrufen würde[332], oder auch nur schwere Erschütterungen[333]. Schon die bloße Androhung einer Herausnahme des Kindes aus der Pflegefamilie kann dem Kind Leid und psychische Störungen zufügen. Das Drohen einer Herausnahmeentscheidung führt oft dazu, daß das Kind ständig in existentieller Angst und Unsicherheit darüber lebt, ob es bei seinen Pflegeeltern bleiben kann[334]. Deshalb reicht die Drohung der Herausnahme aus, um eine Kindeswohlgefährdung iSv § 1666 BGB und damit ein Eingreifen des Vormundschaftsgerichtes nach § 1632 Abs. 4 BGB zu rechtferti-

330) Gleißl/Suttner FamRZ 82, 122 ff. (126); Baer FamRZ 82, 221 ff. (225).
331) Gleißl/Suttner FamRZ 82, 122 ff. (126); Erman-Ronke § 1632, 26 spricht von "anderen Gründen" bzw. "anderen Umständen" die zu einer Kindeswohlgefährdung führen können; BT-Drucksache 8/2788 S. 40.
332) Erman-Ronke § 1632, 27; Palandt-Diederichsen § 1632, 3 b dd.
333) Soergel-Lange § 1632, 22.
334) Baer FamRZ 82, 221 ff. (226); Klußmann S. 142.

gen[335].

Die Schwierigkeiten, ein elterliches Herausgabeverlangen als "Sorgerechtsmißbrauch" oder "Versagen" zu klassifizieren[336], müssen dabei vernachlässigt werden[337], da es bei § 1666 BGB - auf dessen Voraussetzungen § 1632 Abs. 4 BGB ja verweist - allein darauf ankommt, ob durch ein elterliches Verhalten (bei § 1632 Abs. 4 BGB wäre dies das Herausgabeverlangen) eine Gefährdung des Kindeswohls im oben dargestellten Sinne entstanden ist[338]. Das "Versagen" ist dabei keineswegs als mit einem moralischen Vorwurf behaftet zu verstehen, sondern lediglich als Einstufung elterlichen Verhaltens, das mit den herkömmlichen Pflichtwidrigkeitskategorien nur unzureichend zu erfassen ist und deshalb die Kindeswohlgefährdung und damit die Rechtsgut- bzw. Erfolgsbetrachtung in den Vordergrund rückt[339].

Die Bejahung der Gefährdung des Kindeswohls schon durch die Drohung der Herausnahme erscheint nach einer eingehenden Betrachtung der kindlichen Entwicklung - vor allem der Entwicklung seiner Psyche - in der frühen und späteren Kindheit eine nur folgerichtige und konsequente Entscheidung (s. oben Teil I A).

Das zur Bejahung einer Kindeswohlgefährdung im Rahmen des § 1666 BGB bislang noch geforderte Tatbestandsmerkmal einer mit ziemlicher Sicherheit zu erwartenden erheblichen Schädigung des körperlichen, geistigen oder seelischen

335) Baer FamRZ 82, 221 ff. (227); Palandt-Diederichsen § 1632, 3 c bb; MünchKomm-Ergänzungsband § 1632, 12; Gleißl/Suttner FamRZ 82, 122 ff.
336) Schwab in Schwab/Zenz S. 126 ff.
337) so auch Finger ZfJ 85, 342 ff. (346).
338) MünchKomm-Ergänzungsband § 1666, 26.
339) MünchKomm-Ergänzungsband § 1666, 34 a.E.; Zenz, Kindesmißhandlung, S. 332 ff.

Wohls muß im Rahmen des § 1632 Abs. 4 BGB nicht mehr erfüllt sein. Es soll ausreichen, daß voraussichtlich schwere seelische Erschütterungen beim Kind eintreten[340]. Dabei stellt das Erfordernis des "voraussichtlich" einen erheblichen Abstrich an die "ziemliche Sicherheit" der Voraussage dar. Ebenso wurde mit der Interpretation, daß "schwere seelische Erschütterungen" beim Kind zur Bejahung der Kindeswohlgefährdung genügen sollen, vom "erheblichen Schaden" Abstand genommen. Eine schwere seelische Erschütterung, die zu erwarten ist, ist eben noch abwendbar und stellt somit keinen Schaden dar, ist "Vorstufe" des Schadens d.h. Gefährdung. Dies ist mit der einfachen Wahrscheinlichkeit irgendeines Schadenseintritts (wobei oben festgestellt wurde, daß die kleinste seelische Erschütterung dieser Art im Kleinkindesalter sehr wahrscheinlich zu gravierenden Schäden führen wird), wie sie die geforderte Neuinterpretation des Gefährdungsbegriffs in § 1666 Abs. 2 BGB verlangt, identisch.

Auch hier wurde erkannt, daß die herkömmliche Interpretation für Kindeswohlgefährdungen im § 1666 BGB vor Gefährdungen des seelischen Kindeswohls keinen ausreichenden Schutz bietet, da die bisherige Interpretation des Begriffes "Gefährdung des Kindeswohls" in § 1666 Abs. 1 BGB zu hohe Anforderungen stellte.

Zur Lösung der "Pflegekinderfälle" wäre, vor allem da die Grenzen und Schranken durch die Verweisung identisch sind, § 1666 BGB mit einer Neuinterpretation des Gefährdungsbegriffes also ausreichend gewesen, ohne daß es der speziellen Norm des § 1632 Abs. 4 BGB bedurft hätte[341]. Die

340) Erman-Ronke § 1632, 27; Palandt-Diederichsen § 1632, 3 b dd; Soergel-Lange § 1632, 22.

341) allein die verfahrensrechtliche Neuerung der Regelung durch das Vormundschaftsgericht und ein eigenes Antragsrecht der Pflegeeltern machten § 1632 Abs. 4 BGB nicht notwendig. Eine Entscheidung über § 1666 BGB

Schaffung des § 1632 Abs. 4 BGB war nur ein Produkt der nicht ausreichenden Beachtung der kindlichen Psyche in § 1666 BGB und die "selbstverständliche Besonderung eines generell richtigen Satzes"[342].

Bemerkenswert ist jedoch die Tatsache, daß diese - an sich überflüssige - Norm überhaupt geschaffen wurde mit der Zielrichtung, den Belangen des Kindes und seines seelischen Wohls eher Rechnung zu tragen[343] und den Blick auf die Kindessituation zu öffnen[344]. Obwohl auch früher der Weg über § 1666 BGB und eine Verbleibensanordnung des Kindes in der Pflegefamilie für die Pflegeeltern gangbar war[345], wurde doch nur in Ausnahmefällen zugunsten der Pflegeeltern entschieden[346]. Meist wurde stereotyp vom "natürlichen Vorrecht der genetischen Eltern zur Pflege und Erziehung des Kindes"[347] ausgegangen, das dazu führte, daß die Anwendung von § 1666 BGB eine seltene Ausnahme blieb[348]. Die Wünsche der Eltern wurden stärker berücksichtigt als die Bedürfnisse des Kindes[349], die psychische

war in solchen Fällen schon immer möglich, Baer FamRZ 82, 221 ff. (222); Gleißl/Suttner FamRZ 82, 122 ff. (125).

342) Gernhuber, Familienrecht, § 49 IV 2; Belchaus § 1632, 16.

343) Palandt-Diederichsen § 1632, 3 b dd; Alternativkommentar-Münder § 1632, 6.

344) vgl. MünchKomm-Ergänzungsband § 1632, 14, wo ausgeführt wird, daß die Kindesinteressen oft verstellt wurden von den widerstreitenden Interessen von Pflegeeltern und leiblichen Eltern.

345) den Pflegeeltern stand zwar kein eigenes Antragsrecht zu, sie konnten aber dem Vormundschaftsgericht eine Anregung geben, der dann von Amts wegen nachgegangen werden mußte.

346) Soergel-Lange § 1632, 22; Palandt-Diederichsen § 1632, 3 b dd; Gleißl/Suttner FamRZ 82, 122 ff. (125).

347) OLGZ 78, 394.

348) Palandt-Diederichsen § 1632, 3 b dd mit Hinweis auf die Rsp., die ausführlich in der 41. Auflage dargestellt wird; Schwab in Schwab/Zenz S. A 124.

349) Baer FamRZ 82, 221 ff. (228).

Dimension des Kindeswohls schwer vernachlässigt[350] und den Anpassungs- und Umstellungsschwierigkeiten der Kinder keinerlei Gewicht beigemessen[351].
Nach Einführung des § 1632 Abs. 4 BGB zeichnete sich eine neue und erfreuliche Tendenz ab: Die Belange des Kindes bzgl. seiner Bezugspersonen und der Kontinuität der Erziehung wurden stärker berücksichtigt[352] und damit der Kindesschutz verbessert. Die Erwartung, die Textveränderung werde zu einem besseren Schutz führen[353], hat sich also als berechtigt erwiesen.

Es ist aber nicht zu verkennen, daß die vermehrte Beachtung der psychischen Kindesbelange im richtigen Maße sich erst langsam durchsetzt[354], und leicht noch im Übermaß praktiziert wird, was genauso zu einer Kindeswohlgefährung führen kann[355]. Der deutliche Hinweis auf die verstärkte Beachtung der psychischen Situation beim Kind in § 1632 Abs. 4 BGB zeigt jedoch Wirkungen und läßt hoffen, daß die frühere Rechtsprechung und Literatur, die eine Hinführung des Kindes zu seinen leiblichen Eltern als Verwirklichung des Elternrechts und deshalb als unterstützungswürdiges Verlangen ansahen, ohne auf die Situation des Kindes einzugehen, bald als überholt angesehen

350) s. dazu ausführlich Simitis et. al. S. 163 ff.
351) Bsp. dazu bei Lüderitz AcP 178, 263 ff. (292 f.) mwN.
352) Baer FamRZ 82, 221 ff. (227) mit mwN zu Fällen bis 1981, zur neueren Rsp. z.B. LG Frankenthal FamRZ 84, 509; BayObLG FamRZ 84, 932; OLG Hamburg FamRZ 83, 1271; AG Frankfurt FamRZ 823, 1160; BayObLG FamRZ 82, 638 u. 958; bejahend auch Simitis FS für Müller-Freienfels S. 579 ff. (597).
353) Schwab in Schwab/Zenz S. A 125 mwN.
354) z.B. die Entscheidungen BayObLG FamRZ 83, 948 f.; OLG Oldenburg FamRZ 81, 811, die eine Gefährdung des Kindeswohls zwar feststellen, trotzdem eine Rückführung des Kindes aus der Pflegefamilie heraus befürworten.
355) so in der von Roth-Stielow DAVorm 82, 316 dargestellten Entscheidung des OLG Frankfurt, die zwar zu § 1696 BGB erging, in der Sache jedoch denselben Konflikt beinhaltet.

wird[356].

Wenn der Kindesschutz bindende Verpflichtung und nicht bloßer Programmsatz sein soll, muß es ausgeschlossen sein, daß Kinder Gefährdungen einfach in Kauf zu nehmen haben[357]. Durch die Änderung der Betrachtungsweise des Gesetzgebers dahingehend, daß die Wiederherstellung von biologischen Bindungen allein nicht ausreicht, um psychische Konflikte auszuräumen[358], muß und wird sich auch die Anschauung der Gerichte ändern. Auch deren Auffassung, daß biologische Bindungen - eben weil sie "natürlich" sind - die Kraft haben, psychische Störungen zu heilen, wird durch die Einfügung von § 1632 Abs. 4 BGB als besonderer Betonung des schon in § 1666 BGB Gesagten, weichen müssen.

Deshalb sollte auch die Existenz des § 1632 Abs. 4 BGB als direkte Aufforderung zur Neuinterpretation des § 1666 BGB verstanden werden, wobei auch noch folgende Überlegung ausschlaggebend sein sollte:

§ 1632 Abs. 4 BGB gilt nur für den begrenzten Regelungsbereich des Herausnahme eines Kindes aus Familienpflege, nicht jedoch für die Herausnahme eines Kindes aus Heimpflege[359]. Für diesen Bereich gilt noch immer § 1666 BGB. Dies kann dazu führen, daß ein Kind von seinen Eltern aus einem Heim entfernt werden kann trotz auftretender gefährdender Trennungssituationen und -ängste, da die Gefährdungsschwelle des § 1666 BGB nach der herrschenden Interpretation noch nicht erreicht ist, wohingegen eine

356) so schon Baer FamRZ 82, 221 ff. (227).
357) Simitis, Situation, S. 15 ff. (45).
358) so noch beklagt von Simitis, Situation, S. 15 ff. (42).
359) BayObLG NJW 84, 2168; LG Frankfurt FamRZ 84, 729; Hamm NJW 85, 3029; Erman-Ronke § 1632, 27; - a.M. Alternativkommentar-Münder § 1632, 4; Finger ZfJ 85, 342 ff.: entscheidend sei, ob familienähnliche Verhältnisse entstanden sind.

Trennung von der Pflegefamilie über § 1632 Abs. 4 BGB bei gleichgearteter Trennungssituation und -angst nicht zulässig wäre. Da es sich insofern um gleiche Situationen hinsichtlich der Auswirkungen auf das Kind handelt, sollten sie auch gleich behandelt werden, d.h. für beide gleiche Eingriffsschwellen gelten.

Eine Ausdehnung des Anwendungsbereiches von § 1632 Abs. 4 BGB nimmt die Rechtsprechung schon in den Fällen vor, in denen es sich lediglich um ein "faktisches Pflegeverhältnis" handelt, d.h. keine Pflegeerlaubnis des Jugendamtes notwendig ist und damit kein Pflegeverhältnis iSv § 1632 Abs. 4 BGB vorliegt. Auch auf diese Fälle ist § 1632 Abs. 4 BGB anzuwenden[360], da der Zweck der Vorschrift, Kinder, die auf längere Zeit nicht bei einem oder beiden leiblichen Eltern(teil) leben zu schützen, eine Ausdehnung auch auf die Fälle erfordert, wo Kinder bei Großeltern, Stiefeltern, Stiefelternteilen oder sonstigen Pflegepersonen ohne Pflegeerlaubnis leben[361].

Auch hier soll im folgenden noch näher darauf eingegangen werden, ob nicht § 1632 Abs. 4 BGB einengende Voraussetzungen hat, die die volle Verwirklichung des Schutzes des seelischen Kindeswohls vor Gefährdungen in diesem Bereich verhindern.

360) Baer FamRZ 82, 221 ff. (223); Palandt-Diederichsen § 1632, 3 b aa; MünchKomm-Ergänzungsband § 1632, 10; LG Berlin FamRZ 85, 1075; BayObLG NJW 84, 2168 = FamRZ 84, 817; OLG Frankfurt FamRZ 83, 1163.

361) Baer FamRZ 82, 221 ff. (223); Palandt-Diederichsen § 1632, 3 b aa.

**b. "Anlaß und Dauer"**

Die stärkere Beachtung des psychischen Kindeswohls soll durch die Erwähnung von "Anlaß und Dauer" der Pflege gefördert werden[362]. Diese Gesichtspunkte sollen beim Prüfen der Tatbestandsvoraussetzungen des § 1632 Abs. 4 BGB besonders berücksichtigt werden.

Die Erwähnung dieser Punkte erscheint jedoch aus folgendem Grund äußerst fraglich:

Wird der Schutz des seelischen Kindeswohls in diesem speziellen Bereich der drohenden Gefährdung wegen Abbruch von gewachsenen Bindungen zur Unzeit erst durch eine ausdrückliche Normierung gewährleistet, obwohl bei einem eingehenden Verständnis der kindlichen Psyche der Schutz auch über § 1666 BGB zu erreichen gewesen wäre, so liegt die Gefahr nahe, daß die als beispielhaft aufgeführten Kriterien "Anlaß und Dauer"[363] die einzigen bleiben, die berücksichtigt werden und damit auch § 1632 Abs. 4 BGB - wie schon zuvor § 1666 BGB aufgrund der Fortführung der hergebrachten Interpretation - nicht mehr offen ist für eine Weiterentwicklung mit neuen Erkenntnissen einschlägiger Wissenschaftsbereiche, und damit eine stete Verbesserung des Kindesschutzes nicht gewährleistet scheint.

362) MünchKomm-Ergänzungsband § 1632, 14.
363) berücksichtigt werden sollen in gewissem Umfang noch andere Gesichtspunkte, Palandt-Diederichsen § 1632, 3 c cc; dies wird auch erkennbar in der Formulierung "insbesondere".

*aa. "Anlaß"*

Schon die Betonung des "Anlasses" erscheint problematisch. Unter "Anlaß" der Familienpflege sind das Verhalten der leiblichen Eltern und die sonstigen Umstände zu verstehen, die zur Begründung des Pflegeverhältnisses geführt haben[364]. So soll bei einem unverschuldeten Anlaß der Pflege die Voraussetzungen des § 1632 Abs. 4 BGB weniger leicht zu bejahen sein als in Fällen, in denen die Familienpflege aus Gleichgültigkeit dem Kind gegenüber, weil es lästig war oder aus sonstigen mißbilligenswerten Erwägungen heraus begonnen wurde[365].

§ 1632 Abs. 4 BGB soll nun aber keineswegs die Eltern für ein früheres Verhalten "bestrafen" oder auch "belohnen", sondern die Entwicklung des Kindes schützen und gewährleisten[366]; genauso wie der allgemeine Tatbestand des § 1666 BGB lediglich dem Schutz des Kindes dienen soll und keinerlei Strafcharakter für die Eltern beinhaltet[367].

Die Auslegung der Berücksichtigung des "Anlasses" in oben beschriebener Weise mutet jedoch als Reminiszenz an das Schuldprinzip bei § 1666 BGB an, das damit "durch die Hintertür" wieder eingeführt[368] werden und den Kindesschutz beschränken könnte. Denn es stellt geradezu eine "Bestrafung" dar, wenn ein mißbilligenswerter Anlaß des Beginns der Familienpflege als Negativpunkt bei der Be-

364) Gleißl/Suttner FamRZ 82, 122 ff. (127).
365) MünchKomm-Ergänzungsband § 1632, 14; Belchaus § 1632, 19; Simon JuS 79, 752 ff. (754); Erman-Ronke § 1632, 27.
366) Gleißl/Suttner FamRZ 82, 122 ff. (127).
367) Erman-Ronke § 1666, 1; Alternativkommentar-Münder § 1666, 5.
368) Holzhauer ZRP 82, 222 ff. (225); auch Zenz, Kindesmißhandlung, S. 95, spricht von "inhaltliche(r) Anbindung an § 1666 als "Versagenstatbestand"".

trachtung, ob eine Kindeswohlgefährdung vorliegt, einfließt.
Aus diesem Grunde kann der Anlaß, also das frühere Elternverhalten, lediglich ein Indiz für das Vorliegen einer Kindeswohlgefährdung sein[369]. Der Anlaß kann nur insoweit wichtig sein, als aus ihm Rückschlüsse auf die Beziehungen zwischen leiblichen Eltern und Kind gezogen werden können. In Betracht kommen dabei Schlüsse auf die allgemeine Erziehungs(un)fähigkeit der leiblichen Eltern, auf deren Bereitschaft zur verantwortlichen und steten Kindererziehung und auf das Vorhandensein von schweren Belastungen der Eltern-Kind-Beziehung durch eventuell früher zugefügte Mißhandlungen[370].

In jedem Fall ist aber - unabhängig von einem etwaigen "Anlaß" - zu prüfen, ob die Herausnahme des Kindes aus dem gewohnten Lebenskreis das Kindeswohl gefährdet. Ein Kind ist nicht weniger gefährdet beim unvermuteten Milieuwechsel, wenn seine leiblichen Eltern aus einer unverschuldeten Notlage heraus ein Pflegeverhältnis begonnen haben[371]. Die Gefährdung ergibt sich allein aus der konkreten, jetzt vorliegenden Kindessituation[372], nicht jedoch aus einem Vorverhalten Dritter (auch wenn es die leiblichen Eltern sind), die für das Kind verantwortlich sind.

Dieses Vorverhalten, und damit also der "Anlaß", fließt höchstens in der Weise ein, daß aus ihm geschlossen werden kann, ob diese Dritten in der Lage sein können, die Gefährdung für das Kind abzuwenden oder nicht. So kann es unter Berücksichtigung des Anlasses der Fall sein, daß eine Verbleibensanordnung ergeht, wenn etwa ein behinder-

369) Gleißl/Suttner FamRZ 82, 122 ff. (127).
370) Baer FamRZ 82, 221 ff. (225).
371) Soergel-Lange § 1632, 23.
372) vgl. dazu auch die Definition des Gefährdungsbegriffes in MünchKomm-Ergänzungsband § 1666, 26; so auch Finger ZfJ 85, 342 ff. (346).

tes Kind besonders pflegebedürftig ist[373] und die leiblichen Eltern diese Pflege nicht leisten können oder wollen und dies aus ihrem früheren Verhalten definitiv geschlossen werden kann. Die Notwendigkeit der Berücksichtigung dieses Gesichtspunktes wird auch aus der Fassung des § 1666 BGB deutlich, nach dem ein Eingriff nur zulässig sein soll "wenn die Eltern nicht gewillt oder in der Lage sind, die Gefahr abzuwenden". Damit soll gerade erreicht werden, daß alle Sachverhalte unabhängig vom früheren Verhalten der Erziehungsberechtigten gleich beurteilt werden, ob es sich dabei um eine Gefährdung wegen Hilflosigkeit, Unwillens, fehlender Einsicht oder Gleichgültigkeit handelt spielt keine Rolle[374]. Nur so kann der ständigen Dynamik des menschlichen Daseins, vor allem bei engen zwischenmenschlichen Beziehungen (und die Eltern-Kind-Beziehung stellt zumindest während der ersten 10 - 15 Lebensjahre des Kindes eine sehr enge Beziehung dar) Rechnung getragen werden. "Wer seinen Pflichten nicht nachkam, hat sich damit noch nicht zur Folgenbeseitigung als unfähig oder unwillig erwiesen"[375], dieser Satz gilt ebenso wie auch sein Gegenteil gelten muß, daß auch die in der Vergangenheit pflichtbewußtesten und verantwortungsvollsten Eltern nicht davor gefeit sind, später erziehungsunfähig und für das Kind gefährdend zu sein.

Die Gefährdung ist allenfalls dann nicht als Eingriffslegitimation anzusehen, wenn sie durch ein liebe- und rücksichtsvolles Verhalten der Erziehungsberechtigten abgemildert und zumindest teilweise kompensiert werden kann. Eine Abmilderungsmöglichkeit des seelischen Schadens die dann den leiblichen Eltern zugute kommt, kann auch durch die Durchführung einer therapeutischen Behandlung gegeben sein[376]. Ist dies der Fall, so ist die Gefährdung

373) so auch AG Frankfurt FamRZ 82, 1120 ff. (1122).
374) MünchKomm-Ergänzungsband § 1666, 41.
375) Gernhuber, Familienrecht, § 49 VIII 3.
376) OLG Frankfurt FamRZ 83, 297.

als "durch die Eltern abwendbar" zu beurteilen, und aus diesem Grund ein Eingreifen des Vormundschaftsgerichtes nicht gerechtfertigt[377]. Jedoch sollte gewährleistet werden, daß die therapeutische Behandlung bzw. auch jede andere Möglichkeit, die Gefährdung abzuwenden, von den Eltern auch wirklich wahrgenommen und durchgeführt wird. Diese Kompensationsmöglichkeit und die daraus resultierende Möglichkeit, die Voraussetzungen des § 1632 Abs. 4 BGB weniger leicht zu bejahen, erweisen sich damit als Resultat der gegenwärtigen elterlichen Verhaltensweise, nicht jedoch der früheren Verhaltensweise. Die frühere Handlungsweise kann allenfalls als Indiz dazu dienen, wie die jetzige oder zukünftige Handlungsweise der leiblichen Eltern sein wird, die jetzige Situation und die Einstellungen der Eltern bedürfen jedoch noch einer genaueren Feststellung[378]. Maßgebend ist letztlich nur die zukunftsorientierte Würdigung des elterlichen Verhaltens und die darauf aufbauende Prognose zur Einschätzung des elterlichen Gefahrabwendungsbeitrages[379].

Der Anlaß, d.h. aus welchem Grund und auf welche Weise die Inpflegegabe in der Vergangenheit begonnen hat, ist somit ohne jede weitere Bedeutung[380]. Die ausdrückliche Betonung des Anlasses in § 1632 Abs. 4 BGB muß deshalb als äußerst problematisch und als die Einbruchstelle für Fehlinterpretationen angesehen werden.

377) Alternativkommentar-Münder § 1666, 5; a.A. Hassenstein/Uhlmann UJ 78, 201 ff. (208), die der Ansicht sind, daß das In-Kauf-Nehmen von seelischen Schädigungen, die später therapiert werden, in Wirklichkeit eine Entscheidung gegen das Kindeswohl ist, da sich der Erfolg der Therapie nie mit Sicherheit vorausbestimmen lasse.

378) Baer FamRZ 82, 221 ff. (225).

379) MünchKomm-Ergänzungsband § 1666, 39 f.; Alternativkommentar-Münder § 1666, 5; Klußmann S. 210.

380) so auch AG Frankfurt FamRZ 82, 1120 ff. (1122) mit Hinweis auf OLG Karlsruhe FamRZ 79, 57 f. = NJW 79, 930 ff. (noch zum alten Recht).

*bb. "Dauer"*

Weniger kompliziert, jedoch gleichwohl problemgeladen, erscheint die Erwähnung der "Dauer" in § 1632 Abs. 4 BGB. Sie ist richtigerweise so zu verstehen, daß ab dem Zeitpunkt, in dem das Kind in der Pflegefamilie feste Bindungen entwickelt und eine Bezugsperson gefunden hat, das Moment der "Dauer" hinreichend gegeben ist, um ein Herausgabeverlangen der leiblichen Eltern abzuwehren[381]. Es überschneiden sich damit also zwei Begriffskomplexe des § 1632 Abs. 4 BGB, die denselben Regelungsinhalt haben. Zum einen liegt ein Pflegeverhältnis über "längere Zeit" nur vor, wenn der Aufenthalt in der Pflegefamilie so lange gewährt hat, daß das Kind Beziehungen zu dieser Familie aufbauen konnte[382]. (Dabei ist zu berücksichtigen, daß ein Aufbau von Beziehungen auch schon dann als gegeben anzusehen ist, wenn das Kind zwar äußerlich der Pflegefamilie ablehnend gegenübersteht, u.U. auch nur um die "Liebe" der neuen Eltern zu testen, in seinem Inneren jedoch schon eine feste Beziehung aufgebaut hat, die es nur nicht nach außen zu erkennen gibt. Ob eine solche Beziehung aufgebaut wurde oder nicht läßt sich durch die Durchführung von Testen feststellen.)

Zum anderen kann die "Dauer" in § 1632 Abs. 4 BGB nur Berücksichtigung finden, wenn das Kind bei seinen Pflegepersonen verwurzelt ist[383]. Beide Merkmale fordern also feste Bindungen des Kindes zu seiner Pflegefamilie. Dabei muß wiederum vor der Gefahr gewarnt werden, allzu schematisch zu verfahren: Manche Kinder sind kontaktfreudig und

381) OLG Frankfurt FamRZ 83, 1163; Baer FamRZ 82, 221 ff. (225); Gleißl/Suttner FamRZ 82, 122 ff. (125).
382) Gleißl/Suttner FamRZ 82, 122 ff. (125) mwN.
383) MünchKomm-Ergänzungsband § 1632, 14; Belchaus § 1632, 19.

aufgeschlossen, so daß sie schon nach 3 Monaten feste Bindungen an ihre neuen Familien entwickeln konnten. Andere Kinder sind dagegen auch noch nach 3 Jahren nicht in der Lage, Anschluß zu finden. So kommt in letzterem Fall ein Anwendung von § 1632 Abs. 4 BGB nicht in Betracht, wohl aber in ersterem[384].

Berücksichtigt werden muß deshalb vor allem die Einbindung des Kindes in sein neues soziales Umfeld. Damit wird die Sicht des Vormundschaftsgerichts bzgl. der "längeren Zeit" oder "Dauer" auf das kindliche Zeitverständnis hingelenkt. Wenn ein Kind 6 Monate bei Pflegeeltern lebte und dort seine Bezugswelt gefunden hat, so ist dieses halbe Jahr schon "längere Zeit" und "Dauer" genug, um eine Verbleibensanordnung zu treffen[385]. So kann dann auch die alleinige Befürchtung, die Herausgabe des Kindes an seine Eltern werde das körperliche, geistige oder seelische Wohlbefinden des Kindes schwer und nachhaltig schädigen, eine Verbleibensanordnung rechtfertigen[386]. Die von Belchaus[387] vorgeschlagene Relation von Kindesalter und Pflegezeitraum ist deshalb nur als Indiz zu berücksichtigen[388], genauso wie die von Goldstein/Freud/Solnit[389] vorgeschlagenen festen Zeitgrenzen (1 Jahr bei Kindern, die zum Zeitpunkt der Trennung bis zu 3 Jahre alt waren und 2 Jahren bei Kindern, die zum Zeitpunkt der Trennung über 3 Jahre alt waren) nur Indizwirkung haben können, eine Prüfung des Einzelfalles jedoch nicht entbehrlich machen können[390].

384) so auch Gleißl/Suttner FamRZ 122 ff. (125); Palandt-Diederichsen § 1632, 3 b bb.
385) MünchKomm-Ergänzungsband § 1632, 11.
386) BVerfG ZfJ 85, 41 ff.; so auch Klußmann DAVorm 85, 169 ff. (173).
387) Belchaus § 1632, 18.
388) so auch Alternativkommentar-Münder, Anhang zu § 1632, 5.
389) Goldstein/Freud/Solnit, Diesseits, S. 47 ff.
390) so Goldstein/Freud/Solnit, Jenseits, S. 45.

Es kann zwar zutreffen, daß feste Zeitspannen "verläßliche Indikatoren für die rechtliche Anerkennung der "neuen" Beziehung" sind[391] und Vorteile in der Weise bringen, daß das Kindesschicksal kalkulierbar wird und Konflikte sowie gerichtliche Auseinandersetzungen vermieden werden können[392], wenn jedoch das betroffene Kind und sein Wohl entscheidend für die gerichtliche Maßnahme sein sollen, kann eine detaillierte Untersuchung, ob das Wohl gerade dieses Kindes durch die Herauslösung gefährdet ist oder nicht, nicht unterbleiben.

Ebenso wie der "Anlaß" der Pflege nur Indizwirkung für die mangelnde oder vorhandene Gefahrenabwehrbereitschaft bei den leiblichen Eltern besitzen kann, ist die "Dauer" der Pflege nur als Indiz für die eventuell bestehenden Bindungen des Kindes zu seinen Pflegeeltern und eine mögliche Gefährdung seines Wohls durch den Abbruch derselben anzusehen. Beide Gesichtspunkte sind selbstverständlich zu berücksichtigen, jedoch wird durch die ausdrückliche Betonung in § 1632 Abs. 4 BGB die Gefahr heraufbeschworen, die Kindesbelange auf diese zwei Aspekte zu verkürzen.

Entscheidend für § 1632 Abs. 4 BGB sind letztlich allein die gewachsenen Bindungen des Kindes, die es an seine Pflegeeltern entwickeln konnte.

391) Goldstein/Freud/Solnit, Diesseits, S. 47.
392) Simitis, Kindeswohl, S. 169 ff. (185).

*cc. "wenn und solange"*

Ein weiterer äußerst problematischer Punkt ergibt sich daraus, daß ein Verbleib des Kindes bei den Pflegeeltern nur angeordnet werden kann, "wenn und solange" die Voraussetzungen des § 1666 BGB vorliegen.

Damit soll jedoch nicht die Vorschrift des § 1696 BGB wiederholt werden, wonach Eingriffe ins elterliche Sorgerecht nur solange andauern dürfen, wie die Kindeswohlgefährdung besteht und der Eingriff sofort rückgängig zu machen ist, wenn die Gefährdung nicht mehr besteht. Der Zweck ist vielmehr, daß eine zuvor angenommene Kindeswohlgefährdung nicht mehr als Kindeswohlgefährdung angesehen wird, wenn das Kind sich mit der Tatsache, die zu einer Kindeswohlgefährdung führen kann, vertraut gemacht hat.

Der Verbleib des Kindes soll deshalb nach h.M. nur solange gerechtfertigt sein, bis dem Kind genügend Gelegenheit geboten wurde, sich an den Gedanken, zu seinen leiblichen Eltern zurückzukehren, zu gewöhnen[393]. Es soll also ein "gleitender Übergang des Kindes von den Pflegeeltern" zu den leiblichen Eltern "ermöglicht werden"[394].

Dies stützt sich auf die Argumentation des Rechtsausschusses[395], die Anordnung nach § 1632 Abs. 4 BGB diene nur dazu, ein Herausgabeverlangen "zur Unzeit" abzuwehren. Zum Schutz des grundgesetzlich festgelegten Elternrechts solle deshalb ein günstigerer Zeitpunkt herbeigeführt werden[393], der eine behutsame Umverpflanzung gestatte.

393) Palandt-Diederichsen § 1632, 3 c cc; MünchKomm-Ergänzungsband § 1632, 15; Soergel-Lange § 1632, 24; BayObLG FamRZ 84, 817 u. 932, wo jeweils eine "behutsame Kontaktaufnahme" in Erwägung gezogen wird.
394) Erman-Ronke § 1632, 27.
395) BT-Drucksache 8/2788 S. 52.

Der Gesetzgeber ging in seiner Begründung damit von der Möglichkeit der behutsamen Umpflanzung aus[396], die auch oft mit der vermeintlichen Lebenserfahrung untermauert wird, daß sich Kinder leicht umgewöhnen[397].

Hierbei wird vergessen, was beim Herausgabeverlangen als richtig erkannt wurde, daß nämlich schon die Androhung der Wegnahme von der Pflegefamilie beim Kind derartige Ängste hervorrufen kann, daß allein die Androhung als Gefährdung des Kindeswohls angesehen werden muß (s.o.). Wenn jetzt also die Androhung oder gar die sofortige Herauslösung aus der Pflegefamilie für das Kind eine Gefährdung darstellt, da es damit starken Trennungsängsten oder einer inneren und/oder äußeren Entwurzelung überlassen würde[398], so kann allein durch eine zeitliche Streckung des Vorgangs nicht erwartet werden, daß die Ängste des Kindes geringer und der Gefährdungszustand vermindert wird[399]. Durch die Verlängerung des Zeitraums der Ungewißheit werden die Ängste beim Kind eher noch vergrößert und durch die längere Dauer vertieft.

Der Gefährdungszustand könnte allenfalls durch ein einverständliches Zusammenarbeiten von Pflegeeltern und leiblichen Eltern geschehen, die mit ihrem auf das Kind Rücksicht nehmenden Verhalten die Gefährdung des Kindes zumindest teilweise kompensieren und die Trennungsgefühle langsam abbauen können[400].

Dabei wird aber idR zwei von den drei beteiligten Parteien

396) Gleißl/Suttner FamRZ 82, 122 ff. (126).
397) OLG Frankfurt FamRZ 83, 278 u. 1165; Klußmann S. 131; vgl. zur "Lebenserfahrung" auch BayObLG FamRZ 85, 522.
398) BayObLG ZfJ 83, 302 ff. (305) und 308 ff. (310) jeweils mwN.
399) vgl. auch Klußmann DAVorm 85, 169 ff. (179 ff.).
400) Klußmann S. 165.

entschieden zuviel zugemutet: Zum einen den Pflegeeltern, die durch verständnisvolles und vorsichtiges Einwirken auf das Kind dieses darauf vorbereiten sollen, daß es in absehbarer Zukunft nicht mehr bei ihnen, sondern bei seinen - ihm womöglich bislang fremden oder nur aus vereinzelten Besuchen bekannten - Eltern leben wird. Nachdem die Pflegeeltern zuvor alle Energie aufgebracht haben, um das Kind in ihren Familienverband zu integrieren und ihm zu ermöglichen, dauerhafte Beziehungen aufzubauen, wird ihnen bei einem Herausgabeverlangen der leiblichen Eltern zugemutet, den umgekehrten Schritt der "Abgewöhnung" zu tun[401]. Dieser Schritt wird für die Pflegeeltern oft eine Überforderung oder zumindest unzumutbar sein[402]. Die übermenschliche Anstrengung, die hierbei den Pflegeeltern abgefordert wird, tritt in aller Schärfe zutage, wenn man sich vor Augen hält, daß zumindest die Anfangsphase eines Pflegeverhältnisses für die Pflegeeltern äußerst problematisch ist. Dem Kind fehlt zu diesem Zeitpunkt oft noch die Möglichkeit, Vertrauen in die neue Familie zu setzen und wird "Konflikte provozieren, um zu testen, wie weit die Pflegeeltern sie ertragen ohne es gleich wieder abzulehnen und abzuschieben"[403]. Allein zur Überwindung dieser Anfangsschwierigkeiten bringen die Pflegeeltern viel Energie auf, sie fördern aber bei einem erfolgreichen Überwinden auch die gegenseitige Verbundenheit. Soll nun diese Verbundenheit wieder aufgehoben werden, bringt das auch die Pflegeeltern in einen starken inneren Konflikt, in dem sich das Behalten-wollen und das Wissen um die von Anfang an bewußt in Kauf genommene fehlende Dauerhaftigkeit der Beziehung widersprechen.

Die denkbare Alternative, das Kind erst gar nicht in den

401) diese krasse Formulierung verwendet Klußmann S. 173.
402) so auch Klemper FamRZ 78, 261 ff. als Anm. zu BayObLG FamRZ 78, 135 ff.
403) Stephan ZfF 84, 261 ff.

Familienverband zu integrieren, um eine spätere Herausgabe an die leiblichen Eltenr zu erleichtern, erscheint schon von ihrer Konzeption her nicht kindgerecht und sollte daher erst gar nicht erwogen werden.

Der innere Konflikt bei den Pflegeeltern überträgt sich - ungewollt und ungewünscht, aber unumgänglich - auf die Kinder, deren eigene Ängste und damit die Gefährdungsgefahr dadurch noch vergrößert werden[404].

Zum anderen ist das Kind selbst, auch bei einer behutsamen Kontaktaufnahme zum Zwecke der Umgewöhnung überfordert. Zwar kann ihm von leiblichen Eltern und Pflegeeltern geholfen werden, eine Beziehung zu den leiblichen Eltern aufzubauen oder zu intensivieren, jedoch ist damit keineswegs sichergestellt, daß das Kind seine leiblichen Eltern auch als Eltern und damit als Hauptbezugspersonen anerkennt und zu ihnen eine Eltern-Kind-Beziehung entwickelt, und seine frühere Eltern-Kind-Bindung zu den Pflegeeltern aufgibt[405].

Ein langsamer, unproblematischer Wechsel wird möglich sein, wenn das Kind schon während der ganzen Pflegezeit eine gute Bindung zu den leiblichen Eltern hatte und so ein Wechsel lediglich ein Vertauschen der bisherigen Hauptbezugsperson mit der bisheringen Nebenbezugsperson darstellt. Hierbei ist es dann sinnvoll, wenn der gegenseitige Kontakt nicht abgebrochen wird sondern durch wechselseitige Besuchsrechte aufrechterhalten werden kann[406].

404) Klußmann S. 165 f.
405) gegen die Umgewöhnung auch Finger ZfJ 85, 342 ff. (343 f.).
406) Gleißl/Suttner FamRZ 82, 122 ff. (126); Palandt-Diederichsen § 1632, 3 c cc; Klußmann S. 166 ff.; so auch LG Frankenthal FamRZ 84, 509; Hassenstein/Uhlmann UJ 78, 201 ff. (213).

Ein solcher Wechsel wird jedoch meist dann ausgeschlossen sein, wenn die Kinder ihre Pflegefamilie als einzige Familie erlebten[407] und ihre leiblichen Eltern nicht kennen. Dann ist der Aufbau einer echten Eltern-Kind-Beziehung zu den leiblichen Eltern kaum möglich. In diesen Fällen wird der Eintritt psychischer Störungen nicht nur bei einem aprubten Wechsel, sondern ebenso bei einem verzögerten Wechsel eintreten[408].

Aus diesem Grunde ist davon auszugehen, daß an eine Verschiebung des Herausgabetermins zur Vermeidung einer Herauslösung des Kindes aus der Pflegefamilie zur Unzeit nur für den Fall gedacht ist, daß schon ein dauernder Kontakt zu den leiblichen Eltern bestand und diese neben der Pflegeeltern noch Bezugspersonen geblieben sind[409]. Muß erst ein Kontakt zu den leiblichen Eltern geknüpft werden, so muß abgewartet werden, ob die leiblichen Eltern überhaupt noch zu Bezugspersonen werden können, zu denen dann ein langsamer Wechsel möglich sein wird. Dabei dürfen in der ersten Kontaktphase die Eltern jedoch keineswegs abwerbend auftreten, da auch dies Trennungsängste beim Kind hervorrufen kann[410].

Ebenso problematisch wie ein "allmählicher Übergang" von den Pflegeeltern zu den leiblichen Eltern ist auch die Praktizierung von "Umgewöhnungsversuchen", bei denen das Kind zur Abtrennung von den Pflegeeltern und zum Aufbau von Beziehungen zu den leiblichen Eltern in Kliniken oder Heime verbracht wird[411]. Hier wird nicht nur u.U. ein doppeltes Trennungserleben für das Kind geschaffen (zuerst

407) Gleißl/Suttner FamRZ 82, 122 ff. (126); Klußmann S. 166 f.
408) vgl. OLG Hamm DAVorm 81, 921 ff. (926); so auch Klußmann DAVorm 85, 169 ff. (174).
409) so auch Gleißl/Suttner FamRZ 82, 122 ff. (126).
410) Klußmann S. 202 ff.
411) Klußmann S. 195.

von den Pflegeeltern, dann vom Heim), sondern auch noch das Erleben des "Verlassenseins" im Heim zugefügt.

Sollte deshalb eine Vermeidung von seelischen Erschütterungen auch durch eine allmähliche Umgewöhnung im oben beschriebenen Sinne nicht gewährleistet sein, so sollte ein Wechsel gänzlich unterbleiben. Dies kann zwar zu der harten Konsequenz führen, daß eine einmal getroffene einstweilige Verbleibensanordnung gem. § 1632 Abs. 4 BGB für die Eltern den endgültigen Verlust ihres Kindes bedeutet[412], da jede weitere Dauer des Pflegeverhältnisses den Gefährdungsgrund - die Herausnahme des Kindes aus gewachsenen Beziehungen - nur vertiefen kann[413].
Mit Rücksicht auf das den Kindesschutz überragende Prinzip des Kindeswohls ist dies aber von den leiblichen Eltern hinzunehmen, da es nicht darum gehen kann, ihnen und nicht den Pflegeeltern "ihr Recht am Kind" zu geben, sondern allein darum, eine Gefährdung der Kindes zu vermeiden. Diese schicksalhafte Entwicklung sollten Eltern im Interesse ihrer Kinder akzeptieren[414], um ihnen so eine normale Entwicklung gewährleisten zu können und es vor Schaden zu bewahren[415]. Nur eine solche Handlungsweise wird dem seelischen Kindeswohl gerecht werden, ob es neue Problemkreise eröffnet, die jedoch außerhalb des Themas liegen und deshalb hier unerörtert bleiben sollen[416].

412) Finger ZfJ 85, 342 ff.
413) Holzhauer ZRP 82, 222 ff. (225); Baer ZfJ 77, 516 ff. (522).
414) Klußmann S. 153 ff.; Baer ZfJ 77, 516 ff. (523).
415) ein Elternteil, dem das Wohl des Kindes wirklich am Herzen liegt, wird auch so handeln. Vgl. schon 1. Könige 3, 16 ff.
416) z.B. Stärkung der Rechtsposition der Pflegeeltern, Unterhaltspflicht der leiblichen Eltern, Dauerpflege als "kleine Adoption" ohne Unterhaltsrecht und Erbrecht.

Im Rahmen des § 1632 Abs. 4 BGB sollte also die Formulierung "wenn und solange" dahingehend ausgelegt werden, daß die Kriterien, die eine Kindeswohlgefährdung ausmachen können, zu prüfen sind und nicht von reichlich fragwürdigen "Erfahrungssätzen" der leichten Umgewöhnung bzw. der verschwindenden Gefährdung bei längerer Kenntnis der Tatsache des Verlustes der Bezugsperson ausgegangen werden kann. Dieser Satz in § 1632 Abs. 4 BGB sollte als Wiederholung von § 1696 BGB aufgefaßt werden, wonach bei Anknüpfung eines Kontaktes zwischen leiblichen Eltern und Kind in gewissen Abständen zu überprüfen ist, ob eine Trennung des Kindes von der Pflegefamilie immer noch eine seelische Erschütterung hervorrufen wird oder nicht. Interpretiert man die Formulierung "wenn und solange" jedoch in dieser Weise, dann ist sie überflüssig und sollte - wegen der bestehenden Gefahr von Fehlinterpretationen - gestrichen werden.

Auch für § 1632 Abs. 4 BGB kann damit festgestellt werden, daß der Wortlaut dieser Norm allenfalls Indizwirkung haben kann, und aus diesem Grunde nicht zu stark an ihm gehaftet werden sollte, um eine Verkürzung des Kindesschutzes in diesem Bereich zu vermeiden.

## 4. Abschließende Überlegung zu den Normen des BGB

Die beiden durch das SorgeRG neu eingefügten Normen zum Schutz des seelischen Kindeswohls sind damit als direkter Hinweis dahingehend aufzufassen, daß § 1666 BGB in seiner derzeit praktizierten Form zum Schutz des seelischen Kindeswohls nicht ausreichend ist.

Fraglich erscheint jedoch, ob die Forderung nach einer bloßen Neuinterpretation des Gefährdungsbegriffes in § 1666 BGB dazu geeignet ist, das Problem des unzureichenden Schutzes des seelischen Kindeswohls einer befriedigenden Lösung zuzuführen.

Die Neuinterpretation wäre dann ein hinreichendes Mittel, zukünftig auch das psychische Kindeswohl schützen zu können, wenn gewährleistet werden könnte, daß sich diese Neuinterpretation auch wirklich durchsetzen kann und praktiziert wird und nicht von den entscheidenden Stellen die eingefahrene Rechtsprechung fortgeführt wird.

Diese Gewährleistung erscheint jedoch äußerst fraglich, zumal auch kein geeignetes "Druckmittel" zur Verfügung steht, daß diese Neuinterpretation durchzuführen sei. Auch zeigt die Erfahrung mit §§ 1631 a Abs. 2, 1632 Abs. 4 BGB, daß eine Normierung der neuen Einsichten und Tendenzen in der Rechtsprechung zu einem gesteigerten Schutz des seelischen Kindeswohls führt. Dies erweckt den Eindruck, als würden die Vormundschaftsgerichte erst dann von ihrer hergebrachten Rechsprechung Abstand nehmen, wenn sie durch eine ausdrücklich dafür geschaffene Norm darauf hingewiesen werden.

Aus diesen Gründen scheint der Weg über die bloße Neuinterpretation des Gefährdungsbegriffes in § 1666 BGB zu unsicher und zu wenig erfolgversprechend.

Befürwortet werden sollte vielmehr eine textliche Veränderung des § 1666 BGB, die die Neuinterpretation des Gefährdungsbegriffes klar vor Augen führt, ohne jedoch an den sonstigen Tatbestandsmerkmalen und Eingriffsvoraussetzungen etwas zu verändern. Dies wäre gleichsam eine "kosmetische Operation" zur Bewußtseinserweiterung. Ein neues Mittel stellt dies jedoch nicht dar, da auch die Einfügung des "seelischen Kindeswohls" in § 1666 BGB durch das SorgeRG lediglich ein verstärkter Hinweis zu dessen Beachtung sein sollte[417].

Zu denken wäre etwa an folgende Formulierung des § 1666 BGB:

> "Wird das körperliche, geistige oder seelische Wohl des Kindes durch mißbräuchliche Ausübung der elterlichen Sorge, durch Vernachlässigung des Kindes, durch unverschuldetes Versagen der Eltern oder durch das Verhalten eines Dritten gefährdet *oder ist eine Schädigung seiner seelischen Entwicklung zu befürchten,* so hat das Vormundschaftsgericht, wenn die Eltern nicht gewillt oder in der Lage sind, die Gefahr abzuwenden, die zur Abwendung der Gefahr erforderlichen Maßnahmen zu treffen."

Damit wäre die geforderte Neuinterpretation in den Text aufgenommen und hätte so größere Chancen, auch durchgeführt zu werden.

417) Soergel-Lange § 1666, 33.

## 5. Normen des JWG*

Nach den Möglichkeiten, die das BGB zum Schutz des Kindes und vor allem seines seelischen Wohls bietet, besteht auch aufgrund des Normen des JWG die Möglichkeit, zum Schutz des seelischen Wohls von Kindern tätig zu werden.

Viele Maßnahmen nach dem JWG setzen jedoch entweder den Antrag oder zumindest die Einwilligung der Erziehungsberechtigten voraus. Wird die geforderte Einwilligung der Erziehungsberechtigten gewährt, so ist damit schon ein erster aber bedeutender Schritt in die richtige Richtung getan: Sobald die Erziehungsberechtigten nämlich selbst erkennen und einsehen, daß die Entwicklung ihres Kindes bei einer Fortsetzung der Erziehung in der bisherigen Weise nicht länger ohne schädliche Auswirkungen bleiben kann, wird auch bei ihnen eine höhere Bereitschaft zur Änderung ihres eigenen Verhaltens, das meist ein oder gar den ausschlaggebenden Grund für die negativ verlaufende Entwicklungssituation des Minderjährigen war, geweckt. Dann ist aber der hier angesprochene Themenkreis der uneinsichtigen Eltern nicht mehr gewahrt.

Es muß bei einer Einwilligung der Erziehungsberechtigten zu einer Jugendhilfemaßnahme allerdings sichergestellt sein, daß es sich bei der Einwilligung der Erziehungsberechtigten um eine ernsthafte und freiwillige handelt, denn nur diese verbürgt einen hinreichenden Erfolg bei den "freiwillig" zu gewährenden Hilfen nach dem JWG.

Es handelt sich insofern um eine mit dem Merkmal "sofern die Eltern nicht gewillt oder in der Lage sind, der Gefahr abzuhelfen" des § 1666 BGB verwandte Situation. Auch dort

muß, wenn das Vormundschaftsgericht wegen der Fähigkeit und des Wunsches der Eltern zur eigenen Gefahrabwendung von einem Eingriff absieht, hinreichend sicher feststehen, daß diese elterliche Entscheidung nicht unter Druck entstanden und nicht lediglich "so hingesagt" wurde.

Dies ist erforderlich, da zu einer wirksamen Hilfe durch die im JWG aufgeführten Maßnahmen, wenn sie zu einem wirklichen und nicht nur kurzfristigen Erfolg führen sollen, das bloße Dulden der Maßnahmen durch die Eltern idR nicht genügen kann. Dies kann u.U. für Maßnahmen zutreffen, die sich mit praktischen Dingen, wie etwa Hausaufgabenhilfen oder Jugendgruppen befassen, zutreffen, sobald jedoch eine seelische Gefährdung des Kindes mit einer Maßnahme beseitigt werden soll, kann eine Duldung nicht mehr genügen, da zur Abwendung einer seelischen Gefährdung von allen Seiten mitgearbeitet werden sollte, und dies nicht nur der 2-stündigen wöchentlichen Sitzung beim Therapeuten überlassen werden kann. Vielmehr ist von Seiten der Eltern auch untersützend aufzutreten und sei es nur dadruch, daß sie mental dieser Maßnahme positiv gegenüberstehen und sie nicht lediglich als ein "unvermeidbares Übel" ansehen. Ein Jugendlicher oder ein Kind, das in irgendeiner Weise Leistungen der Jugendhilfe entgegennimmt, die auf sein seelischen Wohl zielen, wird das ihm dort Vermittelte eher aufnehmen, reflektieren und für sich rezipieren können, wenn er merkt, daß seine Erziehungsberechtigten diese Einrichtung auch gut heißen. Der Gesichtspunkt, daß eine Ablehnung einer Sache nur wegen der Befürwortung derselben durch die Eltern, also als reine Protesthaltung, erfolgt, ist hier außer Betracht zu lassen, da diese Erscheinung in der Regel erst in der Pubertät, also ab ca. 14 Jahren auftritt.

Besonders deutlich wird das Erfordernis des Einverständnisses im Sinne von mehr als passivem Dulden bei der

Freiwilligen Erziehungshilfe (im folgenden: FEH), die gegenüber anderen erzieherischen Hilfen nach dem JWG, die mit Einverständnis der Eltern durchgeführt werden, schwerwiegender und deshalb nachrangig[418] ist.

In § 62 JWG wird ausdrücklich gefordert, daß " die Personensorgeberechtigten bereit sind, die Durchführung der Freiwilligen Erziehungshilfe zu fördern." Dabei wird zum "Fördern" mehr als ein bloßes Dulden verlangt[419]. Gleichzeitig wird jedoch erkannt[420], daß wegen der wohl nicht allzu hoch einzuschätzenden pädagogischen Befähigung der in Betracht kommenden Elternschaft - die zumeist der Unterschicht entstammt - keine zu große Anforderungen an die Förderungsbereitschaft der Eltern gestellt werden dürfen. Es soll nicht erforderlich sein, daß die Erziehungsberechtigten die Bemühungen des Jugendamtes aktiv unterstützen, es soll vielmehr genügen, wenn sie einverstanden sind und gewillt, anhand von Beratung und Betreuung im Sinne einer allumfassenden Hilfe an den Bemühungen des Jugendamtes teilzunehmen[421].

Nimmt man von dieser Aussage einen Rückschluß vor, so kommt man bei weniger einschneidenden Maßnahmen, bei denen keine Förderungsbereitschaft sondern ein bloßes Einverständnis der Erziehungsberechtigten Voraussetzung ist, gleichwohl aber ein indifferentes Verhalten der Erziehungsberechtigten den Zweck der Hilfe gefährden kann, zum Erfordernis der positiven Einstellung.

Aus diesen Gründen beruht das JWG hauptsächlich auf dem Grundsatz der Freiwilligkeit. Als Folge der thematischen

418) FrankKomm S. 291; Jans/Happe Vorbem. §§ 62 - 77 JWG Anm.3.
419) FrankKomm S. 297; Jans/Happe § 62,5 B; Krug § 62,8; Gräber § 62,11; Hill § 62, S. 139.
420) so FrankKomm S. 298.
421) FrankKomm aaO.

Begrenzung dieser Arbeit sind hier nur diejenigen Maßnahmen nach dem JWG zu betrachten, die ausdrücklich gegen den Willen der Erziehungsberechtigten angeordnet werden können: die angeordnete Erziehungsbeistandschaft (§§ 55, 57 JWG) und die Fürsorgeerziehung (§ 64 JWG).

Dabei ist auch darauf einzugehen, ob das seelische Wohl bzw. die seelische Entwicklung von Kindern überhaupt in den Schutzbereich dieser Vorschriften einbezogen ist.

a. §§ 55, 57 JWG

Die Erziehungsbeistandschaft kann gem. § 57 JWG vom Vormundschaftsgericht angeordnet werden, wenn die Voraussetzungen des § 55 JWG vorliegen. Danach muß die "leibliche, geistige oder seelische Entwicklung" eines Minderjährigen gefährdet oder geschädigt sein. Dabei sind, wie bei den Normen des BGB, alle vom normalen Lauf der Entwicklung iSv § 1 JWG abweichenden Entwicklungen zu berücksichtigen (auch gelegentliche oder weniger schwere), sofern sie sich zu dauerhaften Verhaltensweisen zu entwickeln und sich auf die Gesamtpersönlichkeit im Sinne einer "Sozialbehinderung" auszuwirken drohen[422].

Insofern kann das seelische Wohl des Kindes als vom Schutzbereich der §§ 55, 57 JWG erfaßt angesehen werden.

Hier muß jedoch die grundsätzliche Frage gestellt werden, ob die Anordnung der Erziehungsbeistandschaft überhaupt

422) Jans/Happe JWG § 55, 3 A.

sinnvoll erscheint[423].

Denn auch bei der vormundschaftsgerichtlich angeordneten Erziehungsbeistandschaft ist - als ungeschriebenes Tatbestandsmerkmal[424] - Voraussetzung, daß das Verhältnis zwischen den Personensorgeberechtigten und dem Erziehungsbeistand vertrauensvoll gestaltet werden kann[425], da die Funktion des Erziehungsbeistandes die eines Beraters und Helfers ist[426]. Ein solches vertrauensvolles Verhältnis kann jedoch sinnvollerweise nur entstehen und als entstehbar angesehen werden, wenn die Personensorgeberechtigten mit der Anordnung der Erziehungsbeistandschaft einverstanden sind. Dies ist dann aber der Anwendungsbereich von § 56 JWG, der freiwilligen Erziehungsbeistandschaft. Auch der von Hill[427] erwähnte Fall kann nicht überzeugen: Wenn nur ein Personensorgeberechtigter desinteressiert ist und deshalb eine freiwillige Erziehungsbeistandschaft nicht in Betracht kommt, wird das vertrauensvolle Verhältnis zwischen Personensorgeberechtigten und Erziehungsbeistand kaum zur Entstehung gelangen können. In das ohnehin schon gespannte Verhältnis von gefährdetem Kind, desinteressiertem Personensorgeberechtigten und verantwortungsbewußten Personensorgeberechtigtem schiebt sich der Erziehungsbeistand als vierte Person hinein, die versucht a) das Vertrauen des Kindes und b) das Vertrauen und die Mitarbeit beider Personensorgeberechtigten zu erlangen. Zumindest

423) Dabei ist von den Fällen auszugehen, in denen wegen fehlender Einwilligung der Eltern die Erziehungsbeistandschaft angeordnet werden muß. Der von Becker S. 33 erwähnte Fall, daß die Anordnung erfolgt, um den Eltern einen gewissen Rückhalt zu geben, kann außer Betracht bleiben, da in solchen Fällen die Personensorgeberechtigten grds. einverstanden sind.
424) Jans/Happe § 57 JWG 1 A b.
425) Jans/Happe § 57 JWG 1 A b; Krug § 57 S. 255; OLG Stuttgart Justiz 63, 180; Vent RdJB 80, 240 ff. (241); Iben S. 63.
426) Goethe/Leussler UJ 80, 355; FrankKomm § 58 S.283.
427) Hill § 57 JWG S. 129/130.

der desinteressierte Personensorgeberechtigte wird kaum den Ratschlägen des Erziehungsbeistandes folgen, sondern eher Widerstand leisten. Damit ist aber die Anordnung nach § 57 JWG ungeeignet zur Durchführung einer erfolgversprechenden Erziehungsbeistandschaft[428] bei einer Gefährdung des seelischen Kindeswohls.

Es bleibt jedoch die Frage, ob die angeordnete Erziehungsbeistandschaft eine sinn- und nutzvolle Regelung darstellt, wenn sie während der Aussetzungszeit der Fürsorgeerziehung angeordnet wird (§ 68 Abs. 3 JWG).

Danach kann das Vormundschaftsgericht die Anordnung der Fürsorgeerziehung aussetzen, obwohl deren Voraussetzungen an sich gegeben wären, hat aber dann von Gesetzes wegen eine Erziehungsbeistandschaft anzuordnen. Eine freiwillige Erziehungsbeistandschaft scheidet dabei aus, da, wenn diese möglich gewesen wäre, sie auch als ausreichendes und erforderliches Mittel vorrangig vor der Fürsorgeerziehung hätte durchgeführt bzw. angewandt werden müssen[429].

Es liegen also nur die Voraussetzungen der Fürsorgeerziehung vor, d.h. der Minderjährige droht zu verwahrlosen bzw. ist schon verwahrlost. Daneben ist die Einwilligung von beiden Personensorgeberechtigten (bzw. dem Personensorgeberechtigten) zur Durchführung der Erziehungsbeistandschaft nicht zu erlangen.

Damit liegt aber eine noch ungünstigere Voraussetzung vor als bei der außerhalb von § 68 Abs. 3 JWG angeordneten Erziehungsbeistandschaft: Mögen die Personensorgeberechtigten bei § 57 JWG, bei dem die Voraussetzungen des § 55

428) der von Hill § 57 JWG S. 130 noch erwähnte Fall des Getrenntlebens fällt nicht in den Themenbereich der vorliegenden Arbeit.
429) Hill § 68 S. 153.

JWG vorliegen müssen, die Zustimmung verweigern, weil ihnen die Schädigung des Kindes noch nicht einsichtig erscheint, so ist bei § 68 Abs. 3 JWG, bei dem die vergleichsweisen niederen Voraussetzungen des § 55 JWG eben nicht vorliegen müssen, sondern die weitaus schwerwiegenderen (s. dazu weiter unten) des § 62 JWG, die Schädigung bzw. Gefährdung des Kindes bereits erheblich schwerer und müßte deshalb auch für den bzw. die Erziehungsberechtigten einsichtiger sein. Wenn sie nun dennoch ihre Zustimmung nicht erteilen, so kann davon ausgegangen werden, daß die Verweigerung der Einwilligung unabwendbar und deshalb die Boykottierung der Tätigkeit des Erziehungsbeistandes vehementer und intensiver gestaltet sein wird, als beim "Normalfall" der angeordneten Erziehungsbeistandschaft.

Die Personensorgeberechtigten, gegen deren Willen die Fürsorgeerziehung angeordnet werden sollte, begegnen dann auch dem Erziehungsbeistand häufig ablehnend und destruktiv[430].

Deshalb kann auch die über § 68 Abs. 3 JWG angeordnete Erziehungsbeistandschaft nicht als sinnvoll angesehen werden, da auch dort das Entstehen des notwendigen Vertrauensverhältnisses in aller Regel nicht möglich sein wird.

Die angeordnete Erziehungsbeistandschaft, ob jetzt über § 57 oder § 68 Abs. 3 JWG ist wegen der erheblichen Zweifel, ob die gerichtliche Anordnung gegen den Willen der Personensorgeberechtigten mit dem der Erziehungsbeistandschaft immanenten Prinzip der familienunterstützenden Hilfe und der dadurch geforderten Zusammenarbeit von Personensorge-

430) so auch Vent RdJB 80, 24o ff. (245), dessen Formulierung "... begegnen den Erziehungsberechtigten häufig mit Vorbehalt" als zu schwach erscheint; auch Becker S. 34.

berechtigten und Erziehungsbeistand[431] zu vereinbaren ist, als nicht sinnvoll und widersprüchlich zum Gesetzeszweck anzusehen[432].

b. § 64 JWG

Die Fürsorgeerziehung (im folgenden: FE) kann gem. § 64 JWG angeordnet werden, wenn der Minderjährige zu verwahrlosen droht oder verwahrlost ist.

Dabei ist nach gängiger Definition unter Verwahrlosung ein "erhebliches, nicht nur erkennbar vorübergehendes Herabsinken des körperlichen, geistigen oder sittlichen Zustandes unter den Normalzustand, der bei einem Minderjährigen unter sonst gleichen Verhältnissen als Ergebnis einer ordungsgemäßen Erziehung vorausgesetzt werden muß" zu verstehen[433].

Der "Normalzustand" wird hierbei mit dem Erziehungsziel des § 1 JWG umschrieben[434], so daß Verwahrlosung ein Abweichen der Entwicklung des Minderjährigen vom normalen Verlauf iSv § 1 JWG bedeutet[435]. Beim Normalzustand ist für die Entwicklung[436] nicht vom naturrechtlichen

431) Vent RdJB 80, 24o ff. (241).
432) vgl. Münder u.a. § 57 JWG S. 277: "Die angeordnete EB widerspricht der Grundtendenz der Freiwilligkeit"; Iben S. 63.
433) FrankKomm S. 266 mwN zur Rsp; Jans/Happe JWG § 55 Anm. 3.
434) FrankKomm S. 267.
435) Jans/Happe JWG § 55 Anm. 3.
436) wobei es sich meist um die seel.-sittliche Entwicklung handelt.

Standpunkt der Maximum-Moral[437] auszugehen, sondern von einem durchschnittlichen, allgemeinen und objektiven Normalzustand[438]. Lediglich in Zeiten einer"allgemein gesunkenen Moral" soll ein über dem durchschnittlichen Denken liegender Maßstab Anwendung finden, da nur so allgemeingültige Maßstäbe für die Gesellschaft anzuwenden sind[439].

Damit ist klar, daß auch bei der FE die seelische Entwicklung erfaßt ist.

Problematisch ist allenfalls , ob der Begriff der "drohenden Verwahrlosung" die Fälle der seelischen Gefährdung noch zu einem Zeitpunkt erfassen kann, zu dem eine Hilfe und die Abwendung der endgültigen Verwahrlosung noch möglich erscheint.

Hierbei ist von den Grundsätzen der Rechtsprechung und der Literatur auszugehen, die im Begriff der Verwahrlosung und auch dem der drohenden Verwahrlosung sowohl ein Moment der Erheblichkeit als auch die Komponente der Dauer integriert sehen wollen[440]. Verwahrlosung und drohende Verwahrlosung seien anhand von objektiven Merkmalen festzustellen, wobei für die drohende Verwahrlosung erforderlich sei, daß aufgrund dieser objektiven Merkmale zu befürchten sei, daß der Minderjährige, wenn er den bisherigen Gegebenheiten ausgesetzt bleibt, verwahrlosen wird[441]. Für die drohende Verwahrlosung - die zeitlich vor der eingetretenen Verwahrlosung liegt und deshalb für den rechtzeitigen Eingriff das allein relevante Tatbestandsmerkmal ist - ist somit die zeitliche Komponente der Dauer noch nicht erfor-

437) so aber Riedel § 64, 5 ff.
438) Jans/Happe § 64, 7 A b, 7 B a.
439) Jans/Happe § 64 7 B a.
440) Jans/Happe § 64 JWG 7, 8; Hill § 64 S. 143; Krug § 64 S. 282 (2), (3).
441) Krug § 64 S. 282 (2); Jans/Happe § 64,8; BayObLG ZfJ 72, 313.

derlich. Dies deckt sich auch mit der Feststellung des Bayerischen Obersten Landesgerichtes[442], daß Verwahrlosung nicht plötzlich eintrete, sondern sich allmählich entwickele, von den Stufen des Sich-Anbahnens, der beginnenden bis zur fortgeschrittenen Verwahrlosung. Dabei dürfte die drohende Verwahrlosung in etwa mit der ersten Stufe des "Sich-Anbahnens" übereinstimmen. Und ein "Sich-Anbahnen" steht schon begrifflich mit dem Moment der längeren Dauer in Widerspruch. Somit ist für eine drohende Verwahrlosung lediglich eine gewisse Erheblichkeit des drohenden Erziehungsdefizits Voraussetzung.

Dies bedeutet für die Gefahr einer drohenden seelischen Verwahrlosung, daß anhand von konkret vorliegenden Merkmalen festgestellt werden muß, daß dem Minderjährigen erhebliche Erziehungsdefizite auf seelischem Gebiet widerfahren sind, die zu, in ihren Auswirkungen gewichtigen, seelischen Schädigungen führen werden.

Dabei taucht wieder (s. schon oben) das Problem auf, daß sich seelische Schädigungen von einigem Gewicht in einer Prognoseentscheidung relativ selten und nur schwer feststellen lassen. Es wird zwar gelingen, die Feststellung zu treffen, daß ein konkretes äußeres Umfeld auf den Minderjährigen und seine Psyche schädliche Auswirkungen haben wird, die Feststellung jedoch, daß diese Schädigungen von einigem Gewicht sein werden oder nicht wird schwer zu treffen sein.

Aus diesem Grunde sollte auch hier von der "Erheblichkeit" des Schadens abgesehen werden, wie schon in § 1666 BGB.

Dann kommt man jedoch zu der Feststellung, daß "drohende Verwahrlosung" nichts anderes bedeuten kann, als "Ge-

442) BayObLG JFG Bd. 17 S. 168.

fährdung des Kindeswohls" in § 1666 BGB.

Für die Interpretation des § 64 JWG sind deshalb die gleichen Grundsätze zu beachten wie für § 1666 BGB.

### c. Zwischenergebnis

Somit bleibt festzustellen, daß durch die erzieherischen Maßnahmen des JWG, die ohne Einwilligung der Erziehungsberechtigten angeordnet werden können - Erziehungsbeistandschaft und FE - auch das seelische Kindeswohl erfaßt wird.

Zur Erziehungsbeistandschaft kann jedoch gesagt werden, daß eine solche nur sinnvoll durchgeführt werden kann, wenn sie auf dem Prinzip der Freiwilligkeit und der Zusammenarbeit zumindest aller erwachsenen Beteiligten aufbauen kann. Diesem Prinzip widerspricht jedoch die Anordnung einer Erziehungsbeistandschaft, die aus diesem Grunde als verfehltes Mittel im Rahmen der Zwangsmaßnahmen des JWG zu betrachten ist. Da mit ihr nur unzureichende Ergebnisse erzielt werden können, sollte sie zumindest in der Praxis nicht mehr angewandt werden[443].

Für die Fälle der FE kann festgestellt werden, daß zu ihrer Anordnung, auch bei erst drohender Verwahrlosung, bislang ein gewisses Moment der Erheblichkeit der seelischen Gefährdung gefordert wird. Dies festzustellen ist

443) Eine Tendenz dazu ist ersichtlich: So betrug 1969/70 die Zahl der vom VormG nach § 57 JWG angeordneten EB ca. 15% und die Anordnung der EB nach § 68 III JWG ca. 5% der Fälle der Erziehungsbeistandschaften (Erhebung des Dt. Städtetags 1969/70, zit. nach Becker S. 27).

jedoch in praxi äußerst schwierig und in den meisten Fällen wird bei erfolgter Feststellung von "Erheblichkeit" der Schaden schon irreparabel eingetreten, ein rechtzeitiger und wirksamer Schutz des seelischen Kindeswohls über § 64 JWG nicht möglich sein. Deswegen sollte auch bei § 64 JWG auf das Erfordernis des "erheblichen Schadens" - wie schon in § 1666 BGB - verzichtet werden. Dann wären hier wie dort die gleichen Auslegungsgrundsätze zu beachten.

Somit bleibt festzustellen, daß das JWG nach herrschender Interpretation keine hinreichenden Maßnahmen und Mittel zum Schutz des seelischen Kindeswohls gegen den Willen der Eziehungsberechtigten bietet.

**d. Bedeutung des JWG neben § 1666 BGB**

Es bleibt weiterhin die Frage offen, ob das JWG mit seinen Erziehungsmaßnahmen gegen den Willen der Personensorgeberechtigten neben den Normen des BGB überhaupt noch Bedeutung erlangen kann. Betrachtet werden soll dabei jedoch nur die Einrichtung der FE, da die angeordnete Erziehungsbeistandschaft als dem Gesetzeszweck zuwiderlaufend und auch pädagogisch wenig sinnvoll (möglichst) aus der Praxis der Vormundschaftsgerichte zu entfernen ist.

Die Frage nach der Existenz der FE neben § 1666 BGB stellt sich nach der hier vertretenen Auffassung dabei in aller Schärfe, da sowohl § 64 JWG als auch § 1666 BGB bislang ("erheblicher Schaden") und nach der geforderten Neuinterpretation (Wegfall des Erfordernisses der Erheblichkeit) dieselben Voraussetzungen für einen Eingriff in das elterliche Personensorgerecht aufstellen.

Anlaß zu dieser Fragestellung gibt auch der Beschluß des Bundesgerichtshofes [444], nach dem Maßnahmen nach § 1666 Abs. 1 BGB stets Vorrang vor der Anordnung der FE haben, da die FE "der am weitesten gehende und schwerste Eingriff in das elterliche Erziehungsrecht" sei [445]. Mit Rücksicht auf die Subsidiaritätsklausel von § 64 JWG kann FE demnach nur dann angeordnet werden, wenn keine ausreichende andere Erziehungsmaßnahme gewährt werden kann. Praktisch relevant wird die Fragestellung nach der vorrangig zu ergreifenden Maßnahme vorallem in den Fallkonstellationen, in denen eine außerfamiliäre Erziehung und Unterbringung angezeigt ist, sei es in einem Heim oder in einer geeigneten Familie. Theoretisch sind dazu beide Wege: Anordnung der FE oder (teilweiser) Entzug des Sorgerechts mit Pflegerbestellung zur Durchführung der außerfamiliären Erziehung möglich.

Mit oben genannter Entscheidung schloß sich der Bundesgerichtshof einer Seite des gespaltenen Schrifttums an [446]. Er machte sich damit die Argumente zu eigen, daß es für das Verhältnis von FE und Maßnahmen nach § 1666 Abs. 1 BGB nicht darauf ankomme, wie sich die entsprechenden Maßnahmen jeweils auf die Personensorgeberechtigten und den Minderjährigen auswirken, sondern es sei allein maßgebend, daß schon die Androhung der FE den schwersten Eingriff in das elterliche Erziehungsrecht darstelle.

Dies wird vor allem damit begründet, daß die FE auf einem eigenständigen öffentlichen Erziehungsrecht der Fürsorgebehörde beruhe, die Heimunterbringung durch einen Pfleger über § 1666 Abs. 1 BGB sich dagegen stets als "private"

444) BGHZ 73, 131 ff. = FamRZ 79, 225 ff. = NJW 79, 813 ff.
445) BGH , FamRZ 79, 226.
446) Ausführliche Nachweise zu beiden Seiten in BGH FamRZ 79, 226.

Unterbringung darstelle[447]. Zudem sei die FE mit einem Makel verbunden, der zwar ein sachlich nicht gerechtfertigtes Vorurteil in großen Teilen der Öffentlichkeit sei, der aber dennoch unter Umständen Nachteile für den Minderjährigen mit sich bringe.

Die Gegenansicht vertritt dagegen die Auffassung, daß eine (teilweise) Sorgerechtsentziehung zum Zweck der Pflegerbestellung und Durchführung der Heimerziehung als "verkappte FE" und Umgehung des Gesetzes unzulässig sei[448]. Diese Maßnahme bedeute praktisch keinen geringeren Eingriff in die Rechtsstellung der Eltern und die Belange des Kindes als die FE.

Nach der Novellierung des BGB durch das SorgeRG wurde diese Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes von den Oberlandesgerichten aufrechterhalten[449], ohne jedoch auf das neu auftretende Problem des § 1666 a Abs. 2 BGB näher einzugehen. Danach soll der Entzug der gesamten (!) Personensorge nur zulässig sein, wenn andere Maßnahmen nicht zur Verfügung stehen.

Damit stellt sich die Frage, ob nach der Neuregelung des Rechts der elterlichen Sorge durch das SorgeRG nicht das Institut der FE eine Renaissance als "andere Maßnahme" iSv § 1666 a Abs. 2 BGB erlebt.

Mit dieser Regelung des § 1666 a Abs. 2 BGB, die im Grunde genommen nur den bei staatlichen Eingriffen allgemein anzuwendenden Grundsatz der Verhältnismäßigkeit[450] festschreiben wollte, und damit eigentlich überflüssig

447) h.M. BGH aaO (S. 227); Jans/Happe § 69 JWG, 3 B; krit. Wiesner ZfJ 509 ff. (521 f.).
448) s. die Nachweise bei BGH FamRZ 79, 226.
449) Franz FamRZ 82, 349 ff. (350) mwN zur Rsp.
450) Happe FamRZ 81, 635 ff. (637).

ist[451], überkreuzt sich die Nachrangregelung des § 64 JWG. Dieses ist darauf zurückzuführen, daß beide Normen eine unterschiedliche "Regelungsgeschichte" durchliefen und sie jeweils als schwerster Eingriff angesehen wurden, ohne daß dies Auswirkungen auf eine eventuell zu erfolgende Abänderung der anderen "schwersten Regelung" gehabt hätte[452].

Bei der folgenden Untersuchung des tatsächlichen Nachrangs sind sowohl die rechtlichen als auch die tatsächlichen Auswirkungen auf die Betroffenen zu berücksichtigen.

Bei der FE wird den Personensorgeberechtigten das Personensorgerecht nicht genommen, auch nicht teilweise, sondern lediglich zurückgedrängt[453]. Es verbleiben ihm regelmäßig Rechte wie Einwilligung zur Operation, Stellung des Strafantrags, Einwilligung zur Eheschließung u.a.[454].

Bei der Sorgerechtsentziehung zur Durchführung einer ausserfamiliären Erziehung wird dagegen das Sorgerecht entzogen, wobei es für eine sinnvolle Durchführung dieser Maßnahme jedoch ausreichend erscheint, nicht das gesamte Sorgerecht, sondern nur Teile davon, nämlich das Aufenthaltsbestimmungs- und das Erziehungsrecht, zu entziehen. Die anderen Komponenten verbleiben bei den Personensorgeberechtigten, wobei dieser "Restbestand" der Personensorge dieselben Bestandteile enthält wie der Teil der Personensorge, den die Personensorgeberechtigten bei Anordnung der FE noch selbst ausüben können.

451) weswegen ihr auch die Ausschußminderheit die Zustimmung versagte.
452) so auch Franz FamRZ 82, 349 ff. (350), der darauf abstellt, daß eine genaue Abgrenzung erst im Rahmen der - bis heute noch nicht durchgeführten - Jugendhilferechtsreform erfolgen sollte.
453) Happe FamRZ 81, 635 ff. (637); ähnlich Jans/Happe § 69 JWG, 3 B.
454) Franz FamRZ 82, 349 ff.

Wird jedoch die Entziehung der gesamten Personensorge angestrebt, weil auch die Belassung des Restbestandes des elterlichen Personensorgerechts das Wohl des Kindes gefährden könnte, so sind die Personensorgeberechtigten in ihrer ganzen Verantwortung für das Kind ausgeschlossen. Dagegen ist die FE, bei der noch ein Rest der Personensorge von den Personensorgeberechtigten selbst wahrzunehmen ist, ein merklich weniger einschneidender Eingriff. Jedoch stellt sich in diesen Fällen die Frage, ob auch die FE noch das geeignete Mittel ist. Wenn eine Entziehung des Aufenthaltsbestimmungs- und des Erziehungsrechts unter Belassung der Restkomponenten bei den Erziehungsberechtigten nicht ausreicht, um das Wohl des Kindes ausreichend zu schützen, sondern durch Belassung dieser "Restbestände" der elterlichen Sorge bei den Eltern diese das Kind noch gefährden können, so kann auch die Anordnung der FE, bei der die Eltern dieselben Sorgerechtsteile noch selbst ausüben können, das Kindeswohl nicht hinreichend schützen. Gerade die Belassung des Restbestandes schadet im Falle des Vorgehens über § 1666 Abs. 1 BGB, weshalb nicht einzusehen ist, daß dieselbe tatsächliche Gestaltung bei der FE nicht schädlich sein soll.

Deshalb wird, wenn eine Entziehung der gesamten Personensorge und nicht nur der teilweise Entzug angebracht ist, auch die FE nicht das gebotene Mittel zur Abwendung der Kindeswohlgefährdung darstellen.

Ein Unterschied in den tatsächlichen Auswirkungen auf Personensorgeberechtigte und Kinder zwischen FE und Maßnahmen nach § 1666 Abs. 1 BGB zur Durchführung einer außerfamiliären Erziehung besteht also nicht.
Bezüglich der Wahrung der Rechte der Personensorgeberechtigten und des Kindes kann bei den beiden Verfahren kein tiefgreifender Unterschied gefunden werden. Die Rechte

werden einmal über §§ 65, 66 Abs. 3, 67 Abs. 2, 68 Abs. 2, 71 Abs. 4, 75 Abs. 4 - 6 JGW und auf der anderen Seite über §§ 50 a, b FGG gleichermaßen gewahrt.

Für die unterschiedlichen Durchführungsarten der außerfamiliären Erziehung und die dazugehörenden Auswirkungen auf das Kind gilt folgendes:

Zwar ist die ausführende Behörde bei FE und Maßnahmen nach § 1666 Abs. 1 BGB verschieden (FE: Landesjugendamt, § 69 Abs. 1 JWG; § 1666 Abs. 1 BGB: JA), unabhängig davon können das JA und das Landesjugendamt aber die gleichen Hilfen leisten; sie verfügen über die gleichen pädagogischen Möglichkeiten. In vielen Heimen sind deshalb auch nebeneinander Minderjährige sowohl im Rahmen der FE als auch aufgrund eines Sorgerechtsentzugs gem. § 1666 Abs. 1 BGB untergebracht[455].

Ebenso ist das Vormundschaftsgericht bei seiner ihm zur Verfügung stehenden Reaktionsmöglichkeit im Rahmen des § 1666 Abs. 1 BGB nicht auf einen bestimmten Katalog beschränkt, sondern kann und soll nach den Grundsätzen der Erforderlichkeit, der Geeignetheit, der Verhältnismäßigkeit und der Wahl des geringsten Mittels seine Auswahl treffen. In diesem Rahmen ist jedoch die Wahl jedes Mittels zulässig, die auch im Rahmen der FE angebracht wäre[456].

Bezüglich des "Makels" der FE und seine u.U. nachteilige Auswirkungen auf den Minderjährigen und sein Fortkommen ist folgendes festzustellen:

455) Franz FamRZ 82, 349 ff. (351); Carspecken ZfJ 79, 434 ff. (435), Wiesner ZfJ 81, 509 ff. (523).
456) zur Problematik der Anordnungskompetenz des Vormundschaftsgerichtes siehe weiter unten.

Der Bundesgerichtshof und die mit ihm konform gehende Meinung der Rechtsprechung und Literatur geht davon aus, daß die FE den Minderjährigen mehr beeinträchtige, da sie in weiten Teilen der Öffentlichkeit mit einem - ungerechtfertigten - Vorurteil und Makel versehen sei. Dies sei bei einer Heimunterbringung durch einen Pfleger nach einer Sorgerechtsentziehung nicht der Fall, da dies keine FE sei.

Dabei wird jedoch außer acht gelassen, daß nicht die FE an sich, sondern schlichtweg die Erziehung in Heimen in weiten Teilen der Öffentlichkeit mit einem Makel belastet ist, mag diese Heimerziehung jetzt auf FE oder auf einer Sorgerechtsmaßnahme gem. § 1666 Abs. 1 BGB beruhen[457]. Es erscheint auch nicht einsichtig, daß lediglich die Fürsorgezöglinge mit diesem Makel belastet sein sollen, die anderen Heimbewohner - und u.U. sind es sogar Zimmergenossen - jedoch nicht. Die Öffentlichkeit in ihrer Allgemeinheit macht zwischen beiden Instituten keinen Unterschied. Sie registriert nur das Faktum "Heimerziehung" und lastet dieser den Makel an, worauf die Heimerziehung beruht, ist dabei gleichgültig. Insofern ist auch der Heimzögling, der aufgrund einer Sorgerechtsmaßnahme gem. § 1666 Abs. 1 BGB in ein Heim eingewiesen wurde, mit diesem Makel belastet, nicht nur der Klient der FE.

Aufgrund dieses ominösen und - wie auch der Bundesgerichtshof zugesteht - nicht gerechtfertigten Vorurteils eines "Makels" kann die FE nicht als schwerer wiegender Eingriff im Vergleich zu einem Sorgerechtsentzug zur Durchführung einer Heimerziehung angesehen werden.
Dieser "Makel" haftet der FE auch nicht etwa deswegen an,

457) Happe FamRZ 81, 635 ff. (638); Carspecken ZfJ 79, 434 ff. (435); Miehe S. 647 ff. (657).

weil sie ins Erziehungsregister eingetragen wird (§ 60 Abs. 1 Nr. 8 BZRG). Denn auch Maßnahmen nach § 1666 Abs. 1 BGB sind gem. § 60 Abs. 1 Nr. 9 BZRG in das Erziehungsregister einzutragen. Abgesehen davon zieht eine Eintragung im Erziehungsregister in der Praxis nicht unbedingt nachteilige Auswirkungen nach sich.

Als Ergebnis kann festgestellt werden, daß auch verfahrensmäßig keiner Einrichtung als "weniger einschneidend" der Vorzug gebührt[458].

Auch die Auswirkungen auf die Minderjährigen sowie die Auswahl der Maßnahmen ist bei beiden Möglichkeiten gleich.

Sofern es bei Maßnahmen nach § 1666 Abs. 1 BGB mit einem teilweisen Sorgerechtsentzug sein Bewenden haben kann, verbleibt den Personensorgeberechtigten auch gleichviel als Restbestand der elterlichen Sorge, wie bei Anordnung der FE den Personensorgeberechtigten zur Ausübung verbleibt. Der Unterschied besteht allein in der dogmatischen Begründung: bei der FE haben die Erziehungsberechtigten noch das gesamte Personensorgerecht inne, sie können es lediglich nicht ausüben, bei Sorgerechtsmaßnahmen gem. § 1666 Abs. 1 BGB werden ihnen die in Frage stehenden Teile entzogen[459].

Somit kann für diese Fälle keine Regelung als "mehr" oder "weniger" schwer bezeichnet werden.

Lediglich wenn den Personensorgeberechtigten die gesamte Personensorge entzogen wird, ist diese Regelung, da dann den Personensorgeberechtigten kein Restbestand der Perso-

458) so aber wohl Happe FamRZ 81, 635 ff. (637), der das FE-Verfahren als elternfreundlicher ansieht.
459) Franz FamRZ 82, 349 ff. (353); Miehe S. 647 ff. (653).

nensorge verbleibt und sie von ihr völlig ausgeschlossen werden, als schwerer und stärker beeinträchtigend als die FE und ein teilweiser Sorgerechtsentzug anzusehen, und deshalb auch als der FE nachrangig zu beurteilen. In diesen Fällen ist jedoch auch die FE mit Belassung der Restbestandteile bei den Eltern nicht als das geeignete und ausreichende Mittel zur Abwendung der Kindeswohlgefährdung anzusehen.

Dadurch wird jedoch die Frage nach der Bedeutung der Regelungen des JWG umso dringlicher.

Es erscheint wenig sinnvoll, zwei Eingriffsmöglichkeiten aufrechtzuerhalten, die dieselben Auswirkungen auf alle Beteiligten und denselben Erziehungseffekt haben.

Dabei ist zunächst zu untersuchen, ob nicht durch einfache Auslegungsregeln eine Lösung gefunden werden kann.

Jedoch wird die Argumentation, daß der jüngere Rechtssatz einem ranggleichen älteren vorgeht, der Problemlage nicht ganz gerecht[460]. Hält man sich vor Augen, daß vor der Neufassung von § 1666 Abs. 1 BGB und vor der Einfügung von § 1666 a BGB die FE-Regelung des JWG noch einen größeren Anwendungsbereich hatte, eben jene Fälle, in denen kein Verschulden der Personensorgeberechtigten festgestellt werden konnte, und dies nach Aufhebung des Verschuldensprinzips wegfiel, so stellt sich die Frage, ob es sich bei den beiden Regelungen um "ranggleiche" handelt. Es ist jetzt davon auszugehen, daß die FE mit ihren besonderen Eingriffsvoraussetzungen der "Verwahrlosung" und der "drohenden Verwahrlosung" als lex specialis gegenüber dem allgemeinen Tatbestand der "Gefährdung des Kindeswohls" gem. § 1666 Abs. 1 BGB, anzusehen ist, die durch ein

460) so argumentiert aber Franz FamRZ 82, 349 ff. (350).

nachfolgendes allgemeines Gesetz gerade nicht verdrängt wird[461].

Man wird deshalb sagen können, daß die FE ein Spezialfall der Sorgerechtsregelung und vorallem der Trennungsfälle des Kindes von seinen Eltern darstellt, die zwar grundsätzlich auch vom Regelungsbereich der §§ 1666, 1666 a BGB erfaßt sind, jedoch durch die Spezialregelung davon ausgeklammert.

Somit ist die FE weder als obsolet[462] noch als vorrangig[463] vor einer Unterbringung durch den Sorgerechtspfleger zu betrachten, sondern als ein spezialgesetzlich geregelter Sonderfall.

Um der Mißlichkeit der Auswahlsschwierigkeit zu entgehen, sollte jedoch erwogen werden, diese Sonderregelung fallenzulassen, zumal ja - wie oben festgestellt wurde - dieselben Maßnahmen auch vom Sorgerechtspfleger gem. § 1666 Abs. 1 BGB ergriffen werden können[464]. Die Notwendigkeit der Aufrechterhaltung des dualen Eingriffssystems läßt sich nicht mehr feststellen[465] und im Rahmen der Vereinfachung des Rechts sollte § 64 JWG abgeschafft werden, da alle die FE betreffenden Fälle auch über §§ 1666, 1666 a BGB gelöst werden können.

461) so auch Miehe S. 647 ff. (661).
462) so Franz FamRZ 82, 349 ff. (350).
463) so Miehe S. 647 ff. (662); Happe FamRZ 81, 635 ff. (638).
464) insofern ist auch die Argumentation von Miehe S. 647 ff. (666) verfehlt, die auf die Qualität der zu leistenden Hilfe abstellt bei der Wahl zwischen FE und Unterbringung über § 1666 BGB.
465) so auch Wiesner ZfJ 81, 509 ff. (522).

Damit könnten auch unerquickliche Kompetenzstreitigkeiten, die letztlich nur einen Streit um die Kostentragung darstellen, vermieden werden.

Den Weg der Abschaffung des dualen Eingriffsystems ging auch der Entwurf eines Vierten Gesetzes zur Änderung des Jugendwohlfahrtsgesetzes (Stand: 31.03.85), der allerdings schon kurz nach seinem Erscheinen wieder "in den Schubladen" der Beamten verschwand und in nächster Zeit nicht behandelt, geschweige denn verarschiedet werden wird. Dort entfallen die gesamten Abschnitte VI und VII des JWG, wobei die Regelung für eine außerfamiliäre Erziehung in einem neu einzufügenden Abschnitt III a geregelt ist. Bemerkenswert ist dabei, daß bei diesem Entwurf in keinem Fall eine Ausnahme von dem in § 1 Abs. 2 S. 2 JWG normierten Grundsatz der Freiwilligkeit gemacht wird, d.h. die Hilfe darf in keinem Fall gegen den Willen der Erziehungsberechtigten gewährt werden. Es soll vielmehr stets die aktive Mitarbeit der Erziehungsberechtigten angestrebt werden, weil dadurch Verlauf und Erfolg der Hilfe günstig beeinflußt werden[466].

Damit sollte das JWG keine eigenständige Eingriffsmöglichkeit in das elterliche Sorgerecht mehr bieten, sondern allein auf dem Prinzip der Freiwilligkeit fußen. Als einzige Eingriffsmöglichkeit bestünde in diesem Fall noch das BGB mit den §§ 1666, 1666 a, wobei dann eine Hilfe nach dem JWG nur nach einer vorherigen Entziehung des Sorgerechts und einer Pflegerbestellung möglich wird.

Dieselbe Tendenz - keine besonderen Eingriffsnormen im JWG, sondern ein Abstellen auf § 1666 BGB - wurde auch schon im JHG-Entwurf von 1979[467] erkennbar, in dem zwar

466) s. Begründung BT-Drucksache 8/2788 S. 41.
467) BT-Drucksache 8/3108.

eine Hilfe zur Erziehung außerhalb der eigenen Familie geregelt wird, dabei jedoch auf das Vorliegen der Eingriffsvoraussetzungen des § 1666 BGB abgestellt wird[468]. Damit hätte auch in diesem Fall das JHG eine eigenständige Eingriffsmöglichkeit verloren und die Ausformung der "Hilfe zur Erziehung außerhalb der eigenen Familie" hätte sich nur noch als dem Vormundschaftsgericht zur Verfügung stehende Maßnahme im Rahmen des § 1666 Abs. 1 BGB dargestellt[469].

## Ergebnis

Als Ergebnis der Untersuchung der materiell-rechtlichen Vorschriften zum Schutz des seelischen Kindeswohls kann folgendes festgehalten werden:

Die Eingriffsmöglichkeiten, die § 1666 BGB als Grundnorm für Eingriffe in das elterliche Sorgerecht bietet, können als ausreichend betrachtet werden.

Lediglich die starre Fortführung der Rechtsprechung nach der hergebrachten Interpretation des Begriffes "Gefährdung des Kindeswohls" verhindert einen ausreichenden Schutz vor Gefährdungen des seelischen Kindeswohls. Diese Unzulänglichkeit bzgl. des Schutzes des seelischen Kindeswohls in der herrschenden Interpretation wurde vom Gesetzgeber für zwei ihm besonders wichtig erscheinende Bereiche erkannt.

468) vgl. § 7 des Gesetz-Entwurfes des Bundesrates (BR-Drucksache 100/79) in dem wörtlich auf § 1666 BGB verwiesen wird.

469) a.A. Miehe S. 647 ff. (651), der dies als Angleichung der Eingriffsvoraussetzungen aber sonst als Aufrechterhaltung der dualen Systems ansieht.

Aus diesem Grund wurden mit §§ 1631 a Abs. 2, § 1632 Abs. 4 BGB Spezialregelungen geschaffen, die eine veränderte Interpretation des Begriffs der Kindeswohlgefährdung beinhalten. Mit Hilfe dieser Normen ist es möglich, auch einen ausreichenden Schutz vor Gefährdungen des seelischen Kindeswohls zu erreichen, zumindest für die Regelungsbereiche von §§ 1631 a Abs. 2, 1632 Abs. 4 BGB.

Die Existenz dieser Normen deutet auch darauf hin, daß eine Neuinterpretation des Gefährdungsbegriffes in § 1666 BGB erforderlich ist, um einen hinreichenden Schutz des seelischen Kindeswohls zu gewährleisten. Die Neuinterpretation sollte dahingehend ausgerichtet sein, daß das Erfordernis der Erheblichkeit des drohenden Schadens in das Erfordernis irgendeines drohenden Schadens umgewandelt wird. Außerdem soll der Nachweis der Kindeswohlgefährdung als erbracht angesehen werden, wenn eine Gefährdung mit einfacher Wahrscheinlichkeit feststeht, das Erfordernis der mit an Sicherheit grenzenden Wahrscheinlichkeit soll entfallen.

Wenn zudem noch verstärkt auf den konkreten Einzelfall, das Vorliegen einer seelischen Kindeswohlgefährdung, ihre Fortdauer und auf die Bereitschaft der Eltern zur Gefahrabwendung eingegangen wird, erscheint ein ausreichender Schutz des seelischen Kindeswohls über § 1666 BGB gewährleistet.

Der Weg zu einem ausreichenden Schutz des seelischen Kindeswohls erscheint über eine Neuinterpretation des § 1666 BGB zwar möglich, aber ungewiß. Deshalb sollte in § 1666 BGB eine Formulierung aufgenommen werden, die zwar am Norminhalt nichts ändert, aber darauf hinweist, daß bezüglich des seelischen Kindeswohls eine Neuinterpretation des Gefährdungsbegriffes erforderlich ist. Vorgeschlagen wird etwa folgende Formulierung:

> "Wird das körperliche, geistige oder seelische Wohl des Kindes durch mißbräuchliche Ausübung der elterlichen Sorge, durch Vernachlässigung des Kindes, durch unverschuldetes Versagen der Eltern oder durch das Verhalten eines Dritten gefährdet *oder ist eine Schädigung seiner seelischen Entwicklung zu befürchten,* so hat das Vormundschaftsgericht, wenn die Eltern nicht gewillt oder in der Lage sind, die Gefahr abzuwenden, die zur Abwendung der Gefahr erforderliche Maßnahmen zu treffen."

§§ 1631 a Abs. 2 und 1632 Abs. 4 BGB bieten zwar jetzt schon einen besseren Schutz des seelischen Kindeswohls als die herrschende Interpretation des § 1666 BGB, jedoch sollte zu dessen Optimierung bei der Interpretation nicht so sehr am nur beispielhaft gemeinten Wortlaut gehaftet werden, sondern eine offener Interpretation verfolgt werden.

Die Eingriffsmöglichkeiten in das Personensorgerecht gegen den Willen der Personensorgeberechtigten, die das JWG bietet, sind entweder widersprüchlich zum Gesetzesprinzip der Freiwilligkeit oder aber stellen eine Spezialregelung dar, die erhebliche Schwierigkeiten bei der Frage bereitet, welche Norm nun anzuwenden sei.

Zum Schutz des seelischen Kindeswohls tragen sie wenig bei, da alle Fälle auch von § 1666 BGB erfaßt werden. Sie sind wegen u.U. nur von ihnen zu gewährenden Hilfeleistungen auch nicht als notwendig anzusehen, da sämtliche Leistungen auch über § 1666 BGB erbracht werden können. Ebenso bieten sie keinen ausreichenderen Präventivschutz als die Regelungen des BGB, sie treffen vielmehr nach der herrschenden Interpretation erst in einem späteren Zeitpunkt mit ihren Eingriffsvoraussetzungen zu, da nach dieser Interpretation ein gewisses Erheblichkeitsmoment

gefordert wird. Aus diesen Gründen sollten im Rahmen der Rechtsvereinfachung und Rechtsvereinheitlichung die besonderen Eingriffsmöglichkeiten des JWG de lege ferenda beseitigt werden.

## Teil III: Verfahrensrechtliche Probleme zum Schutz des seelischen Kindeswohls

### Vorüberlegungen

Der nachfolgende Abschnitt wurde in drei Phasen unterteilt (vorgerichtliche Phase - gerichtliche Phase - Entscheidung des Gerichts), wobei jede Phase mit eigenen Problemen belastet ist. Oft schon scheint es in der Praxis ein großer Fortschritt, wenn eine Phase erfolgreich durchschritten und zum Abschluß gebracht wurde. Doch meistens sind damit die Schwierigkeiten, die einer endgültigen Entscheidung zum Wohle des Kindes entgegenstehen, noch nicht aus dem Wege geräumt. So mag es schon eine enorme Verbesserung sein, wenn das Vormundschaftsgericht einmal seine Tätigkeit aufgenommen hat, der Vorfall der drohenden Kindeswohlgefährdung also publik wurde, jedoch darf man nun nicht der Versuchung erliegen zu meinen, nun sei der Leidensweg des Kindes zu Ende, sondern es gilt, noch den Gang durch das vormundschaftliche Verfahren unbeschadet zu durchlaufen. Nach diesem bleibt die Hoffnung auf eine effektive, umfassende und schnelle Hilfe durch die dazu Aufgerufenen, um der Kindeswohlgefährdung wirklich abzuhelfen.

Alle drei Phasen sind auch deshalb von Bedeutung für den Kindesschutz, weil nur ein geregeltes, zügiges und kindgerechtes Verfahren die Durchsetzung des materiell hinreichend geregelten Rechtsanspruchs ermöglicht. Die besten materiell-rechtlichen Grundsätze und Regelungen können nur sinnvoll zur Geltung gelangen, wenn sie durch ein entsprechendes Verfahren auch durchsetzbar sind. Die Darlegung der Vorzüge und Schwachstellen des Verfahrens soll Aufgabe des folgenden Teils sein.

## A. Phase I: Vorgerichtliche Phase

### 1. Kenntnisnahme des Jugendamtes

Ist das Kindeswohl gefährdet, so hat das Kind einen Anspruch darauf, daß dieser Gefährdung abgeholfen wird. Dabei ist vor einer vormundschaftsgerichtlichen Entscheidung mit eventuell nachfolgenden Eingriffen in das elterliche Sorgerecht zunächst zu prüfen, ob nicht auf anderem Wege, etwa durch die Gewährung öffentlicher Hilfen und Leistungen die Gefährdungssituation abgewendet werden kann. § 1666 a BGB nennt den Vorrang anderer öffentlicher Hilfen zwar nur bei der Fremdplazierung; dies ist jedoch als genereller Grundsatz aufzufassen: stets ist zu prüfen, welche öffentlichen Hilfen in Frage kommen können, bevor ins elterliche Sorgerecht eingegriffen wird. Zu diesen Hilfen zählen vornehmlich sozialpädagogische Leistungen der Jugendhilfe sowie materielle Leistungen und Unterstützungen[470].

So ist der Staat verpflichtet, eine Haushaltshilfe zu finanzieren und so die familiäre Situation zu unterstützen, wenn damit der Kindeswohlgefährdung begegnet werden kann[471].

Zur Durchsetzung dieses Anspruches oder auch zur Durchsetzung des Kindesschutzes durch das Vormundschaftsgericht ist es jedoch erforderlich, daß die Einrichtungen, von denen die Hilfeleistungen erwartet werden, Kenntnis

470) Alternativkommentar-Münder § 1666, 34.
471) Palandt-Diederichsen § 1666 a, 2.

vom bestehenden Bedürfnis erhalten.

So muß dem Jugendamt (JA) erst einmal bekannt werden, daß in einer bestimmten Familie eine Hilfe erfordernde Situation herrscht, bevor das passende Hilfeleistungsangebot gemacht werden kann. Das JA muß erst Kenntnis davon bekommen, daß irgendwo das Kindeswohl gefährdet ist, bevor es entsprechende Maßnahmen einleiten kann: entweder Hilfeleistungen mit dem Einverständnis der Eltern nach dem JWG oder Meldung des Vorfalls an das Vormundschaftsgericht, wenn es dessen Einschreiten für erforderlich hält (§ 48 JWG). Eine frühzeitige Kenntnis des JAes ist auch entscheidend dafür, ob eine Hilfe oder ein Eingriff noch rechtzeitig erfolgen kann und noch präventive Hilfen gewährt werden können, d.h.Unterstützung stattfindet, bevor eine nur schwer zu behebende oder gar irreparable Schädigung eingetreten ist.

Die Kenntnis des JAes ist dabei in den meisten Fällen auf Meldungen und Mitteilungen von Außenstehenden zurückzuführen. Da die Mitarbeiter des JA nicht ohne irgendeinen Verdacht in Kindergärten, Schulen oder Familien eindringen können, um festzustellen, ob irgendwo ein Kind gefährdet ist, steht ihnen nur dieser Weg offen. Die Familien sind vor einem "inquisitorischen Ausforschen" über Art. 6 GG geschützt, der dem Staat - hier dem JA - lediglich gestattet, bei Gefährdungen des Kindeswohls in die Familienautonomie einzugreifen. Ein Ausspionieren der Familiensituation ist nicht möglich.

Dabei kommt bei der Meldung Außenstehender an das JA nicht nur Privatpersonen, sondern auch anderen öffentlichen Behörden, die mit problembeladenen Familien konfrontiert werden (z.B. Wohnungsamt, Sozialamt, Schulbehörde) eine wichtige Rolle zu. In den meisten Fällen sind Familien, in denen es später zu kindeswohlgefährdendem Verhal-

ten kommt, den sozialen Diensten und den dort arbeitenden Sozialarbeitern schon vorher aufgrund anderer Probleme bekannt[472]. Diese Stellen für gefährdete Kinder zu sensibilisieren und gegebenenfalls die dortigen Mitarbeiter zu veranlassen, stets zu prüfen, ob auch die Situation für die Kinder noch erträglich ist und im Zweifelsfall das JA auf die Tatsachen hinzuweisen, wäre ein großer Fortschritt bei der Prävention und Früherkennung von Gefährdungssituationen.

Dazu muß aber eine Schwierigkeit überwunden werden, die sich noch oft als Hemmnis für eine effektive Hilfe im Stadium der Prävention darstellt: die mangelnde Kommunikation und fehlende Kooperation zwischen den verschiedenen Bereichen der sozialen Dienste sowie das diffuse System der Verantwortlichkeit bei den Ämtern, die sich gern und oft um die Zuständigkeit drücken[473]. Zum Wohle des Kindes müßte dieser "Behördenfilz" - soweit er noch besteht - beseitigt werden und eine gegenseitige Amtshilfe und Kooperationsbereitschaft gefordert werden.

Nicht nur die Mitarbeiter der Behörden sondern auch Schulen, Kindergärten, Horte etc. sollten zu vermehrter Zusammenarbeit mit dem JA angehalten werden. Gerade bei Schulen sollte eindringlich davor gewarnt werden, familiäre Probleme bei Kindern über schulische Zwangsmaßnahmen "in den Griff zu bekommen"[474], oder den einfachen Weg des "Abschiebens in die Sonderschule" zu wählen.

Bei solchen Stellen ist jedoch, bevor verstärkte Anstrengungen zur Überwindung institutioneller Hindernisse unternommen werden, zuerst ein erhöhtes Maß an Aufklärung bzgl. der psychischen Bedürfnisse eines Kindes angebracht, um

472) BMJFG S. 45.
473) BMJFG S. 43.
474) so ein Fall bei Beres ZfJ 82, 449 ff. (470).

auch kinderpsychologisch weitgehend ungeschulte Kräfte zur Problemerkennung zu befähigen. Sie sollten verstärkt darauf hingewiesen und dazu befähigt werden zu prüfen, ob schulische Probleme, Kontaktschwierigkeiten oder Verhaltensauffälligkeiten auf familiäre Schwierigkeiten zurückzuführen sind, die eine Kindeswohlgefährdung darstellen bzw. eine solche wahrscheinlich erscheinen lassen. Einen solchen Befund sollten sie den zuständigen Stellen mitteilen. Dies sollte auch rechtzeitig erfolgen, nicht erst, wenn die Minderjährigen sehr auffallend und lästig geworden sind, sondern schon wenn sie mit kleinen Zeichen um Hilfe bitten[475].

Das Hauptgewicht bei den Informanten des JAes liegt jedoch bei Privatpersonen, die als Nachbarn oder in einem anderen Zusammenhang von der problematischen Familiensituation erfahren und das JA - teilweise anonym - davon unterrichten. Wissen Privatpersonen um eine kindeswohlgefährdende Situation, so finden sie jedoch nicht immer den Weg zum JA, um dieses davon in Kenntnis zu setzen.
Zum einen steht die Scheu vor einer "obrigkeitlichen" Einrichtung im Wege. Die Angst, mit staatlichen Stellen in Berührung zu kommen, schreckt viele davor ab, den Weg aufs JA einzuschlagen, wobei auch noch die Befürchtung mitschwingen mag, die Meldung könne eventuell Konsequenzen für den Melder haben. Der Melder hat in den meisten Fällen das Bedürfnis, anonym zu bleiben. Sobald eine staatliche Stelle involviert ist, besteht jedoch die Gefahr einer gerichtlichen Überprüfung und der damit verbundenen Aufhe-

475) so eindrücklich Andriessen UJ 84, 354 ff. (356): "Wir haben uns leider damit abgefunden, daß wir als "Störungen", die ein Einschreiten der Jugendhilfe geboten erscheinen lassen, nur solche zählen, die die Umwelt der Kinder beeinträchtigen, nicht aber ‚wenn die Kinderselbst Hilfe brauchen, um ihre Umwelt zu verkraften". Zur Notwendigkeit, indirekte Hinweise auf Mißhandlungsfälle aufzunehmen Barth ZfJ 86, 236 ff. (245).

bung der Anonymität. Auch die Befürchtung, die Aussage in einem justizförmigen Verfahren wiederholen zu müssen, kann den entscheidenden Ausschlag zum Schweigen geben.

Diese Beobachtungen werden bestätigt von den Feststellungen des Deutschen Kinderschutzbundes bzw. seiner verschiedenen Ortsgruppen. Diese - staatsunabhängigen - Stellen registrieren täglich eine nicht geringe Anzahl von Meldungen (in Tübingen täglich etwa 16)[476] und erfahren bei ihrer Arbeit weit mehr Unterstützung von der Bevölkerung als das JA selbst. In einigen Fällen erbittet das JA sogar von sich aus den Kinderschutzbund um Unterstützung[477], sei es wegen der Ehrenamtlichkeit der Mitarbeiter oder wegen der Staatsunabhängigkeit der Einrichtung.

Der zweite Grund, weshalb Gefährdungsfälle nicht zur Kenntnis des JAes gelangen stellt wohl die weitverbreitete Auffassung in der Allgemeinheit dar, Kindererziehung und die Behandlung der Kinder sei "Privatsache" der Familie/Eltern und Außenstehende gehe das nichts an. Das führt dann dazu, daß Verwandte und Familienangehörige, Nachbarn und Bekannte nichts davon wissen wollen, was sich innerhalb der betroffenen Familie abspielt, und - falls sie doch etwas davon erfahren - dieses Wissen nicht weitergeben[478].

Dabei spielt auch noch eine Rolle, daß das elterliche Sorgerecht - obwohl spätestens seit dem SorgeRG[479] diese Auffassung der Rechtsgeschichte angehören sollte - in

476) so z.B. die Tübinger Ortsgruppe des Deutschen Kinderschutzbundes. Siehe Südwest Presse Tübingen vom 24.5.1986 im Lokalteil.
477) s. Südwestpresse aaO.
478) Der RA spricht in BT-Drucksache 8/2788 S. 31 von einem "Mantel des Schweigens", den Nachbarn und andere Personen über die ihnen bekannten Tatsachen ausbreiten.
479) Gernhuber, Familienrecht, § 49 III 1.

weiten Kreisen immer noch als "Herrschaftsrecht" verstanden wird, wobei das Kind Objekt eines subjektiven Rechtes ist. Darauf stützt sich dann die Auffassung, man könne mit seinem Kind umgehen wie man wolle.

Allgemein ist festzustellen, daß bei allen - auch nur mittelbar - Beteiligten eine große Zurückhaltung zu beobachten ist, sobald es um die Meldung von Kindeswohlgefährdungen an die zuständigen Stellen geht.

Die einzige Gruppe, die diese Zurückhaltung dabei mit einer gewissen Berechtigung übt, ist diejenige der Ärzte, Zahnärzte, Berufspsychologen und anderer, die sich eventuell durch eine Meldung der Situation an das JA als Täter nach § 203 StGB strafbar machen würden.

Bei diesen ist jedoch zu beachten, daß der Interessenkonflikt Schweigepflicht - Meldung meist in zufriedenstellender Weise gelöst werden kann. So ist eine Befugnis zur Offenbarung dann gegeben, wenn der Rechtfertigungsgrund des § 34 StGB eingreift[480]. Dazu ist erforderlich, daß die Preisgabe des Geheimnisses zum Schutz überwiegender Interessen erforderlich ist[480], so z.B. wenn es um die Abwehr ernstlicher Gefahren für Leib, Leben und persönliche Freiheit iSv § 239 StGB geht[481]. Das mit der Schweigepflicht widerstreitende Interesse wäre im vorliegenden Fall die gesunde und frei von Störungen verlaufende Entwicklung des Kindes, die die normale Persönlichkeitsentfaltung garantiert. Diese Interessen sind im Rahmen des § 34 StGB gegeneinander abzuwägen, wobei eine gegenwärtige Gefahr für das zu schützende Rechtsgut bestehen muß, die nicht anders abgewendet werden kann[482]. Unter gegenwärtiger Gefahr ist ein Zustand zu verstehen, dessen Weiterent-

480) Schönke-Schröder-Lenckner § 203, 30.
481) Schönke-Schröder-Lenckner § 203, 31.
482) Wessels S. 71.

wicklung den Eintritt oder die Intensivierung eines Schadens ernstlich befürchten läßt[483] - wobei es genügt, wenn die Wahrscheinlichkeit einen Grad erreicht hat, von dem an man sich vernünftigerweise auf die Möglichkeit eines schädigenden Ereignisses einzustellen pflegt[484]. Diese gegenwärtige Gefahr dürfte bei einem hinreichen begründeten Verdacht der Kindeswohlgefährdung gegeben sein. Ein nicht hinreichend begründeter Verdacht kann dagegen keine Notstandslage iSv § 34 StGB begründen, dieser nur vage Verdacht wird aber bei den verantwortungsvoll handelnden Angehörigen der oben genannten Berufsgruppen, die unter § 203 StGB fallen, wohl keine Interessenkollision zwischen Schweige- und Meldepflicht auslösen.

Bei der Abwägung der widerstreitenden Interessen ist ferner zu berücksichtigen, daß die Interessen des Kindes die des Schächeren sind. Auch hat jedes Kind nur diese eine Kindheit für seine Entfaltung zur Verfügung[485], und ein zum Schweigen Verpflichteter sollte es sich reiflich überlegen, ob er es - zugunsten der Verdeckung von Pflichtwidrigkeiten oder Fehlern der Sorgeberechtigten - verantworten kann, diese Entfaltungsmöglichkeit zu behindern.

Aus diesem allen geht hervor, daß der Bruch der Schweigepflicht zugunsten der Meldung an das JA wegen Kindeswohlgefährdung grundsätzlich von § 34 StGB gedeckt sein wird.

Die Zurückhaltung bei Meldungen ist also auch in diesen Fällen weder zulässig noch begründet. Dies muß umso mehr für Personen gelten, die nicht unter die möglichen Täter des § 203 StGB fallen.

Zur Überwindung der Schwellenangst vor dem JA wäre zu

483) Wessels S. 72.
484) Schönke-Schröder-Lenckner § 34, 15.
485) so ausdrücklich Andrissens UJ 84, 354 ff. (361).

überlegen, ob nicht eine unabhängige Stelle geschaffen werden sollte, die solche Meldungen entgegennehmen und dann weiterleiten kann. Zu denken wäre etwa an eine Regelung ähnlich der schwedischen oder norwegischen "Ombudsfrau" für Kinder. Dies stellt jedoch im Vergleich zur Zurückhaltung Dritter bei Meldungen an das JA das weitaus kleinere Problem lediglich organisatorischer Art dar.

Weitaus problematischer und dringlicher ist die Notwendigkeit, das allgemeine Bewußtsein zu ändern und darauf hinzuwirken, vermehrt Kindeswohlgefährdungen mitzuteilen und zu melden. Voraussetzung dazu ist jedoch, daß in das Bewußtsein der Allgemeinheit eingegangen ist, daß bestimmte heute noch praktizierte Verhaltensweisen schädlich für das Kind und seine Entwicklung sind. Es kann erst erwartet werden, daß die Anzeige von "Liebesentzug" oder abendlichen "Kneipenstreifzügen" mit kleinen Kindern als kindeswohlgefährdendes Verhalten erfolgt, wenn eingesehen wird, daß ein solches Verhalten das Kindeswohl gefährdet. Dazu ist eine breit gefächterte Aufklärungskampagne erforderlich, die alle erreichen sollte, die auf irgendeine Art und Weise mit Kindern zu tun haben. Eine solche Aufklärung könnte ihren Anfang nehmen in Broschüren und Flugblättern, die zu den verschiedensten Anlässen überreicht oder ausgelegt werden[486]. Die Übermittlung der richtigen Definition des Begriffes "elterliche Sorge" könnte durch eine Broschüre zum ersten Mal bei der Eheschließung erfolgen und dann über weitere, von den Betroffenen notwendigerweise aufzusuchenden Einrichtungen fortgesetzt werden. Frauenarzt, Entbindungsklinik, Standesamt, Kinderarzt usw. können dabei weitere erste Stationen bilden, die später in

486) so auch Gernhuber, Neues Familienrecht, S. 80, 81 mit FN 152; als praktiziertes Beispiel vgl. die Broschüre "Verliebt Verlobt Verheiratet" zur Trauung oder die neu verfaßte Broschüre zur Früherkennung besonders begabter Kinder.

Kinderhort, Kindergarten, Kindertagesstätte, Vorschule und Grundschule ihre Fortsetzung finden können[487]. Nur bei Aufklärung in allgemeinverständlicher Form, die alle erreicht, kann der richtige Gebrauch der elterlichen Sorge auf breiter Basis zum Durchbruch kommen.

Im Rahmen dieser Aufklärung sollte auch eine Bewußtseinsänderung in der Hinsicht bewirkt werden, daß Kindeswohlgefährdungen keine "Kavaliersdelikte" sind, und daß es keineswegs der Durchbruch des Denunziantentums und der Spitzelei ist, wenn solche Vorkommnisse an die zuständigen Stellen weitergeleitet werden[488].
Dabei mag die erste Aufklärungskampagne ohne tiefgreifende Ergebnisse verlaufen, aber es ist stets in Betracht zu ziehen, daß die Kinder von heute die Eltern von morgen sind, und bei stetiger Aufklärung auch der jüngeren Generation kann auf Dauer gesehen sehr wohl eine Verbesserung der Situation erreicht werden.

Leztlich sollte auch gründlich erwogen werden, ob man eine Meldepflicht bei Kindeswohlgefährdungen einführen sollte. Dabei müßten alle Vor -und Nachteile einer solchen Pflicht gründlich gegeneinander abgewogen und vor allem in Erwägung gezogen werden, ob damit nicht eine "Überreglementierung" erfolgt, die dann in das andere Extrem, der Meldung jeder Ohrfeige und jedes "Klapses auf den Hintern" umschlägt. Auch ist zu beachten, daß die ohnehin schon geringe Kapazität der zuständigen Stellen - JA und ehrenamtlich tätige Institutionen - dadurch noch stärker überlastet würden und dann die Gefahr bestünde, daß vor lauter

487) In diese Bresche schlägt auch Giesen S. 88 ff., wenn er eine bessere Erziehung zur Elternschaft in Vorschulen und Schulen fordert, ebenso BMJFG S. 47/48.
488) schon in BT-Drucksache 8/2788 S. 31 wird gefordert, "daß das öffentliche Bewußtsein für die Grenzen zwischen abzulehnendem Denunziantentum und erforderlicher Zivilcourage deutlicher geschärft wird".

unbedeutenden Kleinfällen auf die wirklichen Gefährdungsfälle nicht hinreichend eingegangen werden kann. Deshalb ist die Statuierung einer Meldepflicht abzulehnen.

Als Fazit bleibt festzuhalten, daß eine breite Bewußtseinsänderung der Allgemeinheit bezüglich Kindeswohlgefährdungen, ihrer Häufigkeit, ihres Ausmaßes und ihrer Folgen erforderlich ist und zügig durchgeführt werden sollte, um die existierenden Fälle von Kindeswohlgefährdungen zur Kenntnis der zuständigen Stellen zu bringen, die dann helfend, beratend und unterstützend eingreifen können.

## 2. Tätigkeit des Jugendamtes

Hat das JA schließlich Kenntnis von einem Fall der Kindeswohlgefährdung erlangt, so liegt es an diesem und seinen Mitarbeitern, angemessen darauf zu reagieren. Dabei soll im Hinblick auf die Themenbegrenzung hier nur von den Fällen die Rede sein, in denen die Eltern als Erziehungsberechtigte keinen Maßnahmen des JAes zustimmen, sondern sich jeglichen Bemühungen dieser Art renitent widersetzen und strikt ablehnend verhalten, der Vorrang der öffentlichen Hilfe also nicht zu verwirklichen ist. In solchen Fällen kann das JA alleine und selbständig keine Maßnahmen treffen, da gem. § 1 Abs. 2 JWG der Grundsatz der Freiwilligkeit der Jugendhilfe gilt, diese also den Erziehungsberechtigten nicht aufgezwungen werden kann. In diesen Fällen - und in den Fällen, in denen das JA Fürsorgeerziehung oder angeordnete Erziehungsbeistandschaft für erforderlich

hält - hat das JA nach § 48 JWG zu verfahren und dem Vormundschaftsgericht Mitteilung zu machen, daß sein Eingreifen erforderlich sei.

Dieser Weg wird aber vom JA nicht in allen Fällen eingeschlagen, in denen ein Einschreiten des Vormundschaftsgerichtes erforderlich wäre. Dies liegt zum einen daran, daß die einzelnen Mitarbeiter im JA oft stark überlastet und persönlich überfordert sind, um sich aller Fälle intensiv genug annehmen zu können. Hinzu kommt, daß die für solche Fälle eingesetzten JA-Mitarbeiter oft Berufsanfänger mit dementsprechend wenig Erfahrung sind, daß häufiger Wechsel der Mitarbeiter eher die Regel als die Ausnahme ist und daß auch in diesem äußerst sensiblen und das volle Engagement erfordernden Bereich das "Job-Denken" immer mehr überhand nimmt und den vollen Einsatz der ganzen Persönlichkeit immer weiter zurückdrängt[489]. Durch den Zeitdruck bei den Mitarbeitern werden die Begutachtungsbesuche bei den betroffenen Familien und Kindern meist auf einen einmaligen Besuch beschränkt sein, der dann folgenlos für alle Beteiligten bleibt, da komplexe Familienstrukturen und die psychische Dimension des Kindeswohls für Außenstehende bei einem einmaligen Besuch nicht einsichtig sind[490]. Zudem besteht die Gefahr, daß Eltern ihren Kindern "Handlungsdirektiven" erteilen, um die gefährdende Familiensituation zu vertuschen[491], die bei einem einmaligen Besuch nicht erkannt werden.
Ein weiterer Grund ist in der Phantasielosigkeit und der mangelnden Eigeninitiative mancher JA-Mitarbeiter zu se-

489) Ficht UJ 77, 100 ff. (104).
490) so auch Zenz, Kindesmißhandlung, S. 175, die davon spricht, daß diese Formen "noch weniger zugänglich als körperliche Verletzungen" seien.
491) dies ist oft bei körperlichen Mißhandlungen anzutreffen; vgl. Südwestpresse v. 24.5.86: "schwere körperliche Mißhandlungen....werden seltener bekannt als andere kindliche Notlagen, weil die Eltern diesen Kindern meist einschärfen, den Mund zu halten".

hen. Es erscheint wenig sinnvoll, wenn das JA eine ihm erstattete Meldung wegen Kindeswohlgefährdung an das Vormundschaftsgericht weitergibt, jedoch nur für den ihm gemeldeten Fall und nicht auch für die sich in der gleichen Situation befindlichen Geschwister[492]. Zwar kann das Vormundschaftsgericht von selbst die Geschwister in das Verfahren einbeziehen, jedoch bedeutet dies in aller Regel eine Verfahrensverzögerung, die mit Rücksicht auf die Kinder möglichst unterbleiben sollte.

Auch sollte falsches Prestigedenken bei den Mitarbeitern des JAes (etwa in der Form eines "Das können wir auch alleine, ohne Mithilfe des Gerichtes. Wir werden die Eltern schon überreden!") möglichst verschwinden, um nicht irreparable Schäden beim Kind eintreten zu lassen und jegliche präventive Hilfe zu verhindern.

Das Verfahren gem. § 48 JWG sollte also in Zukunft häufiger angewendet werden. Bei jedem "unklaren" Fall, bei dem eine Zustimmung der Erziehungsberechtigten zu Leistungen der Jugendhilfe nicht erlangt werden kann und somit keine Zusammenarbeit mit den Eltern möglich ist, sollten die JA-Mitarbeiter das Vormundschaftsgericht informieren und zu weiteren Schritten veranlassen.

Außerdem sollte das JA seine Tätigkeit auch vermehrt präventiv ansetzen und nicht nur als "Feuerwehr" in den Fällen einspringen, in denen die Notwendigkeit eines Einschreitens offensichtlich ist, die Erfolgsaussichten der Hilfe damit aber äußerst gering sind, da die Schäden schon eingetreten sind. Ein erster Schritt hierzu mag die sekundäre Prävention sein (= Verhinderung von Wiederholungen), jedoch sollte im Laufe der Zeit auch die primäre Prävention ausgebaut werden. Dazu ist aber vor allem eine stärkere finanzielle und personelle Ausstattung der Jugendämter erforderlich, mit dessen Verwirklichung jedoch in

492) so ein Fall bei Beres ZfJ 82, 449 ff. (469 ff.) und der Beispielsfalls bei BMJFG S. 19.

nächster Zeit nicht zu rechnen sein dürfte.

Zusammenfassend bleibt festzuhalten, daß das JA verstärkt auch präventiv tätig werden sollte und alle Fälle, in denen eine sinnvolle Zusammenarbeit mit den Erziehungsberechtigten nicht gegeben ist, dem Vormundschaftsgericht melden sollte. Dazu ist auch ein verstärkter Ausbau der personellen Ausstattung des JAes erforderlich, damit dieses seinen Aufgaben in allen Fällen nachkommen kann und nicht nur in den eiligsten Fällen als "Notanker" eingreifen kann. Auch sollte die Belegschaft des JA konstanter und dauerhafter bleiben.

## B. Phase II: Gerichtliche Phase

Das Vormundschaftsgericht hat, wenn es durch das JA oder auf anderem Wege von der Notwendigkeit des Handelns erfährt, von Amts wegen tätig zu werden. Es hat ein Verfahren einzuleiten, das seinen Gang nach den Vorschriften des Gesetzes über die Angelegenheiten der Freiwilligen Gerichtsbarkeit (FGG) richtet. Im folgenden soll ein kurzer Überblick über den Gang des Verfahrens gegeben werden und später auf die einzelnen Probleme detaillierter eingegangen werden.

1. Darstellung des Verfahrens

Die Zuständigkeit des Vormundschaftsgerichtes richtet sich nach §§ 43, 36 FGG. Danach ist bei den hier in Betracht kommenden Fällen stets das Vormundschaftsgericht des gesetzlichen Wohnsitzes (§ 11 BGB) zuständig. Funktionell zuständig ist der Richter gem. § 14 Ziff. 8 RPflG.
Zum Tätigwerden des Vormundschaftsgerichtes ist kein Antrag erforderlich, sondern dies erfolgt von Amts wegen. Ein eventuell erfolgter Antrag ist jedoch kein Verfahrenshindernis, sondern als "Anregung" an das Gericht zu verstehen, das dann von Amts wegen tätig wird[493]. Ebensowenig ist auch die Zurücknahme eines solchen "Antrags" ein Beendigungsgrund für das Verfahren: Es wird nicht ohne weiteres beendet[494] sondern erst, wenn auch das Gericht zu der Überzeugung gekommen ist, es liege kein Anlaß für ein Tätigwerden seinerseits vor.

Da das Vormundschaftsgericht von sich aus tätig werden kann, ohne daß eine Initiative von den Erziehungsberechtigten oder den Minderjährigen ausgehen muß (wobei die Initiative des Minderjährigen mangels Antragsrecht höchstens in der Form einer "Anregung" ausgehen kann), ist es nur folgerichtig, daß auch die Ermittlungen zur Sachverhaltsaufklärung gem. § 12 FGG von Amts wegen vom Vormundschaftsgericht anzustellen sind[495]. Die Geltung dieser Inquisitionsmaxime schließt die Disposition der Beteiligten über die Grundlagen der Entscheidung ebenso aus wie (s.o.) die Beendigung des Verfahrens durch Rücknahme des Antrages[496].

493) Bumiller/Winkler § 12, 2 a.
494) Bumiller/Winkler § 12, 2 a; Hamm ZfJ 68, 148.
495) allg. M.; vgl. z.B. MünchKomm-Hinz § 1666 aF, 47; Palandt-Diederichsen § 1666, 7.
496) Bumiller/Winkler § 12, 1.

Der Tatrichter hat über die Ermittlungspflicht nach pflichtgemäßem Ermessen zu entscheiden. Er muß dabei den Anträgen der Beteiligten nicht stets nachkommen, muß auch die bestehenden Möglichkeiten zur Erforschung des Sachverhaltes nur insoweit ausschöpfen, als das Vorbringen der Beteiligten sowie der bisher festgestellte Sachverhalt dazu Anlaß geben[497]).

Bei seiner Amtsermittlung hat das Vormundschaftsgericht jedoch die gesetzlich normierten Anhörungspflichten zu beachten. Diese obliegen ihm nach § 50 a FGG gegenüber den Eltern, nach § 50 b FGG gegenüber dem Kind und nach § 50 c FGG gegenüber Pflegepersonen, bei denen sich das Kind seit längerer Zeit in Familienpflege befindet. Diese Anhörungspflichten sind zugleich Ausdruck der Gewährung rechtlichen Gehörs gem. Art. 103 Abs. 1 GG wie auch eine Konkretisierung der Sachaufklärungspflicht gem. § 12 FGG[498]). Obwohl die Anhörung von Beteiligten auch ohne die neu eingefügten §§ 50 a, b, c FGG möglich war, hatte sich vor der Neuregelung durch das SorgeRG eine Anhörung von Eltern und Kindern keineswegs durchsetzen können und ist oft unterblieben[499]). Dies war möglich, weil es grundsätzlich im Ermessen des Gerichtes stand, ob und welche Beteiligten zu hören waren. In der Neuregelung wird dagegen die Anhörung in bestimmten Fällen zwingend vorgeschrieben[500]).

Zwingend ist die Anhörung auch, wenn die das rechtliche Gehör gewährenden Vorschriften einschränkende Zusätze enthalten[501]). Dies kommt darin zum Ausdruck, daß auch ein Kleinkind anzuhören ist, von dem normalerweise noch keine vernünftige selbständige Äußerung erwartet werden

497) MünchKomm-Hinz § 1666, 47 mwN zur Rsp.
498) Soergel-Lange vor § 1626, 24; Jans/Happe FGG Vorbem. 2 (s. 244); MünchKomm-Ergänzungsband vor § 50 a FGG, 9; BayObLG FamRZ 80, 1150. Ausführliche Darstellung des Streitstandes mwN auch zur Gegenmeinung in Münch Komm-Ergänzungsband.
499) Jans/Happe FGG Vorbem. 2 (S. 244).
500) Bumiller/Winkler § 12, 9.
501) Bumiller/Winkler § 12, 9.

kann[502].

Hält der Vormundschaftsrichter nach Ausübung seines Ermessens eine formlose Ermittlung der Tatsachen gem. § 12 FGG nicht für ausreichend, so kann er ein förmliches Beweisverfahren gem. § 15 FGG nach den Vorschriften der ZPO einleiten[503]. Die pflichtgemäße Ausübung dieses Ermessens ist eine nachprüfbare Entscheidung, d.h. es kann nachgeprüft werden, ob nach Vorlage des Sachverhalts nicht eine andere Entscheidung geboten war[504].

Gem. § 15 FGG ist der Strengbeweis in den Formen des Augenscheins, durch Zeugen und durch Sachverständige möglich, wobei in den hier relevanten Fällen dem Sachverständigenbeweis die größte Bedeutung zukommt. Für ihn gelten die §§ 402 - 414 ZPO.

Nach der Feststellung des gesamten Sachverhalts im Rahmen von Frei- und/oder Strengbeweis hat das Gericht die festgestellten Tatsachen nach dem Grundsatz der freien Beweiswürdigung zu bewerten[505]. Dies bedeutet, daß der Richter von den zu überprüfenden Tatbestandsmerkmalen die volle Überzeugung ihres Vorliegens oder Nichtvorliegens haben muß, um eingreifen zu können, die bloße Möglichkeit oder Wahrscheinlichkeit reicht nicht aus[506]. Es ist jedoch keine mathematische, jede Möglichkeit des Gegenteils ausschließende Gewißheit zu verlangen, die mit prozessualen Mitteln ohnehin nicht zu erreichen wäre; ein für das praktische Leben brauchbarer Grad von Gewißheit reicht aus[507].

502) so BayObLG ZfJ 85, 36: 3 Jahre.
503) Palandt-Diederichsen § 1666, 7; MünchKomm-Hinz § 1666, 47.
504) MünchKomm-Hinz § 1666, 47; Palandt-Diederichsen § 1666, 7; KG NJW 61, 2066; Düsseldorf FamRZ 68, 260.
505) h.M.; Bumiller/Winkler § 15, 2 c hh; Jansen § 12, 80 ff.; Keidel/Kuntze/Winkler § 15, 10.
506) Jansen § 12, 80.
507) Jansen § 12, 80; Bumiller/Winkler § 15, 2 c hh; BGHZ 53, 245 f.

Bei Sachverständigengutachten ist der Grundsatz der freien richterlichen Beweiswürdigung ebenso anzuwenden, d.h. der Richter darf das Ergebnis des Gutachtens nicht kritiklos übernehmen und damit die Entscheidung dem Gutachter überlassen[508]. Er hat das Gutachten vielmehr detailiert in jeder Beziehung zu überprüfen, einschließlich der als Grundlage vorausgesetzten Prämissen. Mit ausreichender Darlegung der Gründe kann der Richter vom Sachverständigengutachten abweichen[509].

Tritt der Fall ein, daß die notwendigen Ermittlungen längere Zeit in Anspruch nehmen, so ist unter bestimmten Voraussetzungen der Erlaß einer einstweiligen Anordnung möglich. Diese ist zwar für den Bereich des FGG nicht normiert, gehört aber längst zum unbestrittenen Instrumentarium des Vormundschaftsgerichts und ist gewohnheitsrechtlich anerkannt[510]. In den meisten Fällen ist das Bedürfnis nach einem sofortigen Einschreiten gegeben, weil ein Abwarten bis zur Beendigung der Sachuntersuchung den Kindesinteressen nicht gerecht, d.h. sie nicht in ausreichendem Maße wahren würde[511].

Voraussetzung für den Erlaß einer einstweiligen Anordnung ist, daß das Vorliegen von Tatbestandsmerkmalen, die ein Einschreiten des Vormundschaftsgerichtes rechtfertigen, sowie das dringende Bedürfnis eines sofortigen Einschreitens glaubhaft gemacht würden[512]. Für die Glaubhaftmachung ist kein voller Beweis erforderlich, es genügt, daß die maßgeblichen Tatsachen aufgrund von hinreichend substantiierten Angaben und der Benennung von Be-

508) Jansen § 12, 81; BGH LM Nr. 4 zu § 144 ZPO.
509) Jansen § 12, 81; Keidel/Kuntze/Winkler § 15, 10 jeweils mwN zur Rsp.
510) MünchKomm-Hinz § 1666, 36; Keidel/Kuntze/Winkler § 19, 25 ff. mwN; Jansen § 19, 28 ff.; Zimmermann S. 18; Habscheid S. 152.
511) Jansen § 19, 28; Keidel/Kuntze/Winkler § 19, 25.
512) allg. M.; MünchKomm-Hinz § 1666, 36; Jansen § 19, 28; Keidel/Kuntze/Winkler § 19, 25.

weismitteln glaubhaft erscheinen[513]. Es genügt also ein geringerer Grad der richterlichen Überzeugung[514], auch kann eine vorherige Anhörung der Beteiligten (Eltern, Kind, Pflegeeltern) unterbleiben, die jedoch unverzüglich nachzuholen ist, ebenso wie die Anhörung des JAes gem. § 48 Abs. 2 JWG.

Das Instrument der einstweiligen Anordnung ist also ein Mittel, einen vorzeitigen (= vor Erlaß der Entscheidung) notwendigen Eingriff in das elterliche Sorgerecht vorzunehmen, um zu verhindern, daß die Eltern durch "Eilmaßnahmen" ihrerseits einen späteren Eingriff unmöglich machen, etwa indem sie das Kind ins Ausland verbringen, oder daß die Gefahr in einen Schaden, der nicht mehr zu beheben ist, umschlägt.

Sowohl gegen einstweilige Anordnungen als auch gegen Endentscheidungen findet die Beschwerde gem. §§ 19 ff. FGG statt. Diese Beschwerde hat grundsätzlich keine aufschiebende Wirkung, die Wirkungen der angefochtenen Entscheidung treten also ein. Damit wird bezweckt, daß die einmal getroffene Maßnahme Bestand hat und andauern kann, unabhängig vom Stand der Sache im Instanzenweg.

Beschwerdeberechtigt sind dabei die Eltern gem. § 20 FGG, das Kind nach Maßgabe des § 59 FGG, die Verwandten des Kindes gem. § 57 Nr. 8 FGG, das JA gem. § 57 Nr. 9 FGG, soweit ihm nach den Grundsätzen, die die Rechtsprechung zum alten Recht entwickelt hatte, ein Beschwerderecht zustand[515], also in allen das Sorgerecht für die Person betreffenden Angelegenheiten der Fall ist[516], sowie den Pflegeeltern in Verfahren nach § 1632 Abs. 4 BGB nach § 20 FGG[517]. Weiterhin ist jedermann gem. § 57 Abs. 1 Nr. 9 FGG beschwerdeberechtigt, "der ein berechtigtes Interesse daran hat, die Angelegenheit wahrzunehmen". Diese Regelung

513) Jansen § 19, 28.
514) Jansen § 15, 80.
515) Keidel/Kuntze/Winkler § 57 1 b.
516) Jansen § 57, 37.
517) Frankfurt FamRZ 80, 826.

beruht auf dem Gedanken des besonderen Schutzbedürfnisses Minderjähriger[518], die eben darauf angewiesen sind, daß jemand für sie ihre Rechte wahrnimmt.

Dabei ist jedoch eine Unterscheidung zu machen, ob es sich beim berechtigten Dritten um eine Behörde handelt oder um eine Privatperson, die aufgrund persönlicher Beziehungen zum Kind für dieses eintreten möchte.

Bei einer Behörde muß sich das berechtigte Interesse auf eine Angelegenheit beziehen, zu deren Wahrnehmung der Beschwerdeführer - d.h. die Behörde - berufen ist[519]. Eine Verknüpfung mit ihrem Aufgabenkreis muß also verhanden sein, so daß z.B. den Schulbehörden nur ein Beschwerderecht über § 57 Abs. 1 Nr. 9 FGG zuerkannt wird, wenn es um eine Sorgerechtsentscheidung in Bezug auf das schulische Erziehungsrecht geht[520], nicht jedoch in anderen Angelegenheiten. Handelt es sich dagegen um eine Privatperson, die aufgrund enger persönlicher Beziehungen zum Kind an dessen Wohl interessiert ist, so ist diese berufsbezogene Beschwerdeberechtigung nicht gefordert, sondern es genügt ein allgemeines Interesse an der Personensorge für das Kind[521]. Somit wurde zwar die Popularbeschwerde nicht ganz erreicht, die Ausgestaltung von § 57 Abs. 1 Nr. 9 FGG reicht jedoch nahe daran hin[522]. Zumindest bei persönlichen Beziehungen des Beschwerdeführers zum Kind dürfte eine Ablehnung der Beschwerdeberechtigung kaum in Frage kommen, sofern es um die Wahrnehmung von Kindesinteressen geht. Bei beruflichen oder institutionellen Kontakten mit dem Kind muß dagegen ein Bezug zum konkreten Aufgabenfeld des Beschwerdeführers gegeben sein muß, ansonsten sind diese Personen darauf beschränkt, beim JA

518) BVerfG FamRZ 86, 871 ff. (874).
519) Bumiller/Winkler § 57, 3 zu Nr. 9 b).
520) so in KGJ 30, A 12.
521) Keidel/Kuntze/Winkler § 57, 37; Jansen § 57, 27 je mwN.
522) so auch BGHZ 48, 148 ff. (155).

Maßnahmen zur Beschwerdeeinlegung anzuregen[523]. Freilich wird dieses allgemeine Beschwerderecht des § 57 Abs. 1 Nr. 9 FGG kaum wahrgenommen, eben aus der oben dargestellten Scheu von Dritten oder Behörden, sich bei Kindeswohlgefährdungen für das Kind zu engagieren. Daran könnte - ohne vorherige Bewußtseinsänderung - auch eine noch weitere Interpretation dieser Norm nichts ändern.

Aus der Beschwerdeberechtigung des § 59 FGG geht hervor, daß Kinder ab 14 Jahren im Verfahren vor dem Vormundschaftsgericht eigene Rechte haben, die sie auch selbst wahrnehmen können, während sie vor Erreichen dieser Altersstufe zwar gem. § 50 b FGG stets angehört werden sollen, sonst jedoch keine eigenen Rechte haben. Sie können ihre Rechte im Prozeß allenfalls über ihre Eltern (was in den hier in Betracht kommenden Fällen kaum wahrscheinlich ist), über einen verständnisvollen Richter, einen eventuell zugezogenen Sachverständigen oder das JA wahrnehmen.

Sollte jedoch das JA ein Einschreiten bzw. eine Meldung an das Vormundschaftsgericht ablehnen und die Anregung des noch nicht 14-jährigen Jugendlichen an den Vormundschaftsrichter trotz § 12 FGG ohne Erfolg bleiben, so bestehen für diesen Jugendlichen kaum Chancen, eine beschwerdefähige Entscheidung herbeizuführen und seine Rechte zu wahren bzw. dem Kindesschutz zum Durchbruch zu verhelfen.

Die einzige Möglichkeit, die hier dem betroffenen Minderjährigen verbleibt, ist eine Klage vor dem Bundesverfassungsgericht gem. Art. 93 Abs. 1 Nr. 4 a GG, § 13 Nr. 8 a, §§ 90 ff. BVerfGG. Dabei müßte der Kläger durch einen deutschen Hoheitsakt in seinen Grundrechten verletzt worden sein. Es wird bei tatsächlicher und nicht nur vorgetäuschter psychischer Kindeswohlgefährdung ein leichtes sein, die Voraussetzungen durch ein Sachverständigengut-

523) so Jansen § 57, 38 für Polizeibehörde der Gemeinde.

achten nachzuweisen[524]. Durch eine Sorgerechtsentscheidung, die das weitere Leben des Kindes unmittelbar beeinflußt, kann das Kind selbst unmittelbar und gegenwärtig in seinem Grundrecht verletzt werden[525]. Auch die weitere Voraussetzung der Verfassungsbeschwerde, die Erschöpfung des Rechtswegs, ist in so einem Fall gegeben. Für den Minderjährigen selbst gibt es kein Rechtsmittel gegen die Entscheidung, das er selbst einlegen könnte, und auch eine "Gegenvorstellung" wird in solchen Fällen, da die Gerichte nicht bereit sein werden, ihre Entscheidung aufgrund der Rüge eines noch nicht einmal beschwerdeberechtigten Kindes abzuändern, nicht zu fordern sein.

Fraglich ist jedoch, ob die betroffenen Minderjährigen vor dem Bundesverfassungsgericht selbst prozeßfähig sind. Für diese Altersgruppe - offenlassend für über 14-jährige - hat das Bundesverfassungsgericht folgendes entschieden[526]:

Grundsätzlich liege das Recht der Vertretung eines Kindes im verfassungsgerichtlichen Verfahren bei seinen Erziehungsberechtigten. Es seien jedoch Situationen denkbar, in denen die Erziehungsberechtigten dazu nicht willens oder in der Lage sind. Für diese Fälle habe der Staat aufgrund seiner sich aus Art. 6 Abs. 2 S. 2 und Art. 2 Abs. 1 GG ergebenden Schutzpflichten auch in verfahrensrechtlicher Hinsicht normative Regelungen zu schaffen, die eine hinreichende Berücksichtigung der grundrechtlichen Stellung des betroffenen Kindes garantieren. Diese Möglichkeit ein Defizit in der Wahrnehmung der Kindesinteressen zu vermeiden, biete eine Pflegerbestellung über § 1909 Abs. 1 S. 1 BGB. Deshalb sei in den Fällen, in denen die Erziehungsberechtigten nicht willens oder in der Lage sind, ihre Kind im verfassungsrechtlichen Verfahren - betreffend eine Grundrechtsverletzung durch Sorgerechtsentscheidungen - zu

524) zum Folgenden siehe im Einzelnen Schlaich S. 97 ff.
525) BVerfG FamRZ 86, 871 ff. (873).
526) BVerfG FamRZ 86, 871 ff. (873 ff).

vertreten, ein Ergänzungspfleger zu bestellen.
Damit hat der Minderjährige die Möglichkeit, auch für ihn nicht anfechtbare Entscheidungen vor dem Bundesverfassungsgericht anzugreifen, wenn ihm ein Ergänzungspfleger bestellt wird. Fraglich ist jedoch, wie ein Kind zu einem Ergänzungspfleger kommt[527]. Am sinnvollsten wäre eine Lösung dergestalt, daß das Bundesverfassungsgericht, sobald es von der Notwendigkeit einer Pflegerbestellung erfährt (sei es, daß ein noch nicht 14-jähriger Minderjähriger selbst Verfassungsbeschwerde einlegt oder daß dies ein am Wohl des Kindes interessierter Dritter im Namen des Kindes macht), dies dem zuständigen Vormundschaftsgericht mit dem Hinweis mitteilt, es habe einen Ergänzungspfleger zu bestellen. Damit ist auch die Möglichkeit eröffnet, daß am Wohl des Kindes interessierte Dritte im Namen des Kindes Verfassungsbeschwerde erheben können und diese zu einer qualifizierten Prüfung kommen, ohne gleich an der Hürde der Zulässigkeit zu scheitern[528].
Doch auch hier dürfen die Erwartungen an die Effektivität des Rechtsschutzes nicht zu hoch angesetzt werden. Die Fälle, in denen ein betroffenes Kind selbst Verfassungsbeschwerde einlegt, dürften bei dem wohl vorwiegend aus der Unterschicht stammenden Personenkreis, der von diesem Thema vor allem angesprochen ist, die seltene Ausnahme bilden. Dritte, die am Wohl des Kindes interessiert sind, dürften sich auch äußerst selten dazu bereit finden, Verfassungsbeschwerde für das Kind einzulegen[529], genausowenig wie sie sich dazu bereitfinden, Beschwerde im vormundschaftsgerichtlichen Verfahren gem. § 57 Abs. 1 Nr. 9 FGG einzulegen. Die Möglichkeit eines verfassungsrechtlichen Rechtsschutzes des Kindes in diesem Bereich ist somit zwar

527) dies läßt auch das BVerfG aaO offen.
528) vgl. den Fall, der der BVerfG-Entscheidung zugrundelag.
529) dies zeigt sich auch daran, daß dieses Thema bislang kaum erörtert wurde.

gegeben, die Wahrnehmung dieser Möglichkeit wird sich jedoch in Grenzen halten und ein Gesetzesvorhaben zur Entlastung des Bundesverfassungsgerichtes dürfte wegen dieser Möglichkeit seiner Anrufung nicht notwendig werden.
Die Maßnahmen des Vormundschaftsgerichts, konkret die Eingriffe in das elterliche Sorgerecht, müssen gem. § 1696 Abs. 3 BGB in angemessenen Zeitabständen überprüft werden und sind aufzuheben, wenn die Gefahr für das Kindeswohl nicht mehr besteht, d.h. wenn der (Teil)Entzug der elterlichen Sorge wieder rückgängig gemacht werden kann, ohne daß dadurch erneut eine Gefährdungssituation für das Kind entsteht[529a)]. Daraus wird ersichtlich, daß die Entscheidung des Vormundschaftsgerichts nicht materiell rechtskräftig, und damit nur unter außergewöhnlichen Bedingungen wieder aufhebbar, wird, sondern wegen der sich ständig verändernden Abläufe im Entwicklungsprozeß der jeweils günstigste Weg eingeschlagen werden kann.

## 2. Sachverhaltsermittlung gem. § 12 FGG

Aufgrund der Inquisitionsmaxime des § 12 FGG ist der Richter zur Sachverhaltsaufklärung von Amts wegen verpflichtet. Er hat dabei alle für den Sachverhalt entscheidenden Tatsachen und Merkmale zu erforschen und bei widersprüchlichen Behauptungen der Beteiligten eine Aufklärung vorzunehmen (Prinzip der materiellen Wahrheit)[530)]. Bei der Erforschung des Sachverhalts kann dabei - wie oben

529 a) vgl. OLG Karlsruhe ZfJ 82, 246 ff.
530) Jansen § 12, 30; Keidel/Kuntze/Winkler § 12, 28.

erwähnt - gem. § 12 FGG der Weg des Freibeweises oder gem. § 15 FGG der Weg des Strengbeweises eingeschlagen werden. Die Entscheidung, welcher Weg zu wählen ist, liegt dabei im pflichtgemäßen Ermessen des Gerichts. Dabei ist jedoch zu berücksichtigen, "daß formlose Ermittlungen häufig eine geringere Gewähr für die Richtigkeit des Ergebnisses bieten, weil die Verfahrensgarantien des Strengbeweises, nämlich die Förmlichkeit eines gesetzlich geregelten Beweisverfahrens, Unmittelbarkeit und Parteiöffentlichkeit der Beweisaufnahme hierbei nicht gelten"[531]. Aus diesem Grunde ist auch im Verfahren der freiwilligen Gerichtsbarkeit die formlose Ermittlung keineswegs die übliche Art des Beweisverfahrens[532].

Dabei ist für den hier vorliegenden Themenbereich sowohl das förmliche, wie auch das formlose Ermittlungsverfahren problemträchtig.

**a. formlose Ermittlungen**

Formlose Ermittlungen werden in den hier in Frage stehenden Verfahren vor allem dann vorzunehmen sein, wenn es darum geht, festzustellen, ob überhaupt ein Sachverhalt vorliegt, der das Einschreiten des Vormundschaftsgerichts erforderlich macht. In solchen Fällen muß das Gericht in Erfüllung seiner Aufklärungspflicht versuchen, eine Beurteilungsgrundlage zu gewinnen, z.B. durch die Vernehmung der Beteiligten durch sachkundige und mit den Verhältnissen vertrauten Personen[533]. Meistens wird in dieser Phase

531) Jansen § 12, 39.
532) Jansen aaO.
533) so BGH FamRZ 84, 1084.

auch ein Bericht des JAes angefordert, der dann auch als Pflichtanhörung des JAes gem . § 48 a JWG gilt. Die Maßgeblichkeit der Berichte für die Entscheidung des Vormundschaftsgerichtes steht dabei außer Frage: So wurde in der Untersuchung von Simitis et. al.[534] nachgewiesen, daß von den ausgewerteten Akten im Zeitraum von 1970 - 1975 in 97 % aller Fälle die Entscheidungsempfehlung des JAes vom Vormundschaftsgericht übernommen wurde. Zwar ist nach Inkrafttreten des SorgeRG, nach Veröffentlichung der oben erwähnten Untersuchung und nach der Öffnung der Jurisprudenz für andere Wissenschaften eine große Sensibilisierung der Gerichte in Bezug auf eine eingehende - auch psychische - Begutachtung der betreffenden Kinder eingetreten, doch auch wenn die Zahl der übernommenen Entscheidungsvorschläge erheblich zurückgegangen sein dürfte, liegt sie wohl immer noch um 50 % aller Fälle und damit sehr hoch. Die Situation wird vor allem dann bedenklich, wenn man sich darüber im klaren ist, daß das JA stets und gesetzlich zwingend seine Beurteilung zu einem Fall abzugeben hat, auch wenn es selbst noch nie mit ihm in Berührung gekommen ist. Die Fragwürdigkeit solcher Begutachtungen, die oft auf einer einmaligen Kontaktaufnahme beruhen, liegt auf der Hand[535].

Die Qualität der JA-Berichte läßt zwar auch in vielen Fällen keine Wünsche offen und die Berichte geben durch große Detailaufzählungen einen weiten Einblick in die Familienstruktur[536], doch bei genauer Betrachtung der Gründe dieser Ausführlichkeit, erscheint sie nicht mehr so erfreulich: Meist wartet das JA - vor allem bei Gefährdun-

534) Kindeswohl 1979.
535) zur Ungeeignetheit von JA-Berichten als zuverlässiger Quelle der Ermittlung Frommann S. 68 ff., 78 ff., 102; Limbach S. 17 mit Hinweis auf Zenz, Kindesmißhandlung, S. 142 f.
536) Beres ZfJ 82, 449 ff. (469, 470).

gen im geistig-seelischen Bereich[537] - lange Zeit ab und sucht selbst nach Abhilfe, bevor Anträge an das Vormundschaftsgericht gestellt werden. Aufgrund der langen Beobachtungszeiträume können die Berichte dann eine große Fülle von Details und Erfahrungen mit den Kindern angeben. Wenn jedoch - wie oben gefordert - die langen Beobachtungszeiträume des JAes entfallen und bei Unwillen oder Unfähigkeit der Eltern zur freiwilligen Mitarbeit eine sofortige Meldung an das Vormundschaftsgericht erfolgt, so enfällt auch die ausführliche, weil auf einen längeren Beobachtungszeitraum zurückzuführende, Berichterstattung des JAes.

Ein anderer Punkt, weshalb die Berichte des JAes nur mit Vorsicht zu übernehmen sind, ist die Tatsache, daß vor allem Angaben der Eltern und nicht der Kinder wiedergegeben werden[538]. Die Eltern wiederum sehen alles aus ihrer Sicht und sind oft nicht fähig, auch Probleme bei ihren Kindern zu erkennen[539]. So wird die Sicht auf das Wesentliche versperrt und eine eventuell noch mögliche präventive Hilfe außer Acht gelassen.

Andererseits ist es den stellungnehmenden Berichterstattern des JAes auch oft nicht möglich, beginnende Schädigungen und Leiden aufgrund einer Begutachtung im häuslichen Umfeld zu erkennen. Denn viele Kinder lassen diese zuhause nicht erkennen und fallen nur in der Schule durch Verhaltens- und Affektänderungen auf[540]. Der Grund dafür, daß die Veränderungen in den Verhaltensweisen bei Kindern

537) Beres ZfJ 82, 449 ff. (470).
538) so Beres ZfJ 449 ff. (454) zu JA-Berichten bei Scheidungsverfahren, doch dürfte es bei JA-Berichten zu den hier anstehenden Fällen, soweit es sich ebenfalls um eine erste Kontaktaufnahme handelt, ebenso sein; ebenso Ell ZfJ 80, 319 ff. (320).
539) Kelly/Wallerstein S. 25.
540) Kelly/Wallerstein S. 20.

nicht zuhause, sondern nur im außerhäuslichen Bereich auftreten, mag darin liegen, daß sie in der Familie unter stärkerem Druck stehen und Bestrafung fürchten und/oder bei einer Begutachtung durch JA-Mitarbeiter ihre Eltern nicht anschwärzen wollen, weil sie sie - trotz allem - lieben[541].

Aus all dem wird die Dringlichkeit der Frage, ob mit der Pflichtanhörung des JAes über § 48 a JWG genügend Sachverhaltsermittlungen in Bezug auf die familiäre, physische und psychische Situation des Kindes betrieben wird, deutlich.

Zwar können andere Personen, die zur Sachverhaltsermittlung beitragen können, ohne direkt Beteiligte zu sein, über § 12 FGG auch angehört werden[542], dies liegt aber im Ermessen des Gerichts bzw. des Richters. Nur wenn dieser es für erforderlich hält, daß auch die näheren oder ferneren Sozialisationskontakte des Kindes, wie z.B. Schule, Kindergarten, Freunde, Nachbarn, Bekannte, Vereine etc. gehört werden, finden sie über § 12 FGG Gehör. Nur dann kann z.B. eine in Schule, Kindergarten oder Hort auftretende Verhaltensauffälligkeit des Kindes überhaupt vor Gericht zur Sprache kommen und in die Beurteilung miteinfließen. Denn solche Verhaltensauffälligkeiten werden im JA-Bericht idR nicht erkannt und erwähnt und können deshalb auch nicht berücksichtigt werden.

Es wäre deshalb daran zu denken, bei der Sachverhaltsermittlung durch die Gerichte verstärkt vorzuschreiben, daß auch andere Personen aus dem Umfeld des Kindes zu hören

541) so - hauptsächlich auf körperlich mißhandelnde Eltern bezogen - Bundesministerium, Kindesmißhandlung, S. 34.
542) Jansen § 12, 45; Keidel/Kuntze/Winkler § 12, 90; Baer, FamRZ 82, 221 ff. (234).

sind, und nicht nur gehört werden können. Dabei sollte verstärkt auf solche Personen zurückgegriffen werden, die außerhalb des Verdachtes stehen, die betroffene Familie "anschwärzen" zu wollen. Vermehrt könnte auf Lehrer, Kindergärtnerinnen, Hortmitarbeiter, Ärzte, Geistliche und Mitarbeiter sonstiger Beratungsstellen, die ev. schon seit längerer Zeit mit den Betroffenen Kontakt haben, zurückgegriffen werden[543], während bei Nachbarn, entfernt Verwandten oder dem "Kaufmann an der Ecke" Zurückhaltung zu üben ist, um nicht einen internen Erwachsenenstreit zum Anlaß und Gegenstand des Verfahrens zu machen.

**b. Strengbeweis**

Beim Strengbeweis gem. § 15 FGG wirft vor allem der Bereich "Sachverständigengutachten" Probleme auf. Dabei ist sachverständiger Rat für den Vormundschaftsrichter nicht nur über ein förmliches Beweisverfahren nach § 15 FGG möglich, sondern er kann sich auch im Rahmen der informellen, unbürokratischen Sachverhaltsermittlung gem. § 12 FGG eines sachverständigen Rates bedienen. Dies bedeutet, daß damit auch die Förmlichkeiten des Verfahrens gem. § 15 FGG entfallen können, wie Beweisbeschluß, Ladung und Protokollaufnahme sowie mündliche Verhandlung über das Gutachten[543a]. Da es jedoch bei den hier zu behandelnden Fällen stets um Eingriffe in das Elternrecht, d.h. in ein Grundrecht geht, wird ein förmliches Verfahren über § 15 FGG für den Sachverständigen wegen der Zuverlässigkeit des Beweisergebnisses und der hinreichenden Mitwirkung der

543) vgl. OLG Köln FamRZ 86, 707: Anhörung eines unzuständigen Jugendamtes.
543 a) Zenz, Kindesmißhandlung S. 405.

Beteiligten an der Wahrheitsfindung erforderlich sein[543b)]. Aus diesem Grunde wird das Sachverständigengutachten im Rahmen des § 15 FGG erörtert.

*aa. Einholung von Sachverständigengutachten*

Die Einholung eines Sachverständigengutachtens beschließt das Gericht nach pflichtgemäßem Ermessen, wenn es sich nicht selbst für hinreichend sachkundig zur Sachverhaltsermittlung hält[544)]. Die Sachkunde des Gerichts soll als ausreichend angesehen werden, wenn ein Mitglied des Gerichts (beim Einzelrichter also dieser) die tatsächliche Sachkunde wirklich besitzt oder aber wenn zur Beurteilung eines Sachverhaltes keine besonderen Kenntnisse erforderlich sind, sondern diejenigen des Durchschnittsbürgers oder die alltägliche Erfahrung ausreicht[545)].

Dabei ist für die Fälle der psychischen Kindeswohlgefährdung die Gefahr, daß das Gericht sein Wissen als ausreichend bzw. das Einholen eines Sachverständigengutachtens für nicht erforderlich hält, da kein Spezialwissen zur Beurteilung dieses Sachverhalts erforderlich sei, relativ hoch einzuschätzen. Dies hängt gewiß auch damit zusammen, daß die Richter davon ausgehen, die eigene durchlebte Kindheit, die sie idR glücklich, gesund und ungefährdet überstanden haben, biete für sie genügend Anschauungsmaterial und Erfahrungswissen. Die Überzeugung, daß ein gesundes Kind außer körperlicher Mißhandlung und Unterernährung nahezu alles verkrafte, resultiert auch daraus, daß jeder selbst als Kind einiges an Schlägen, Prügel und sonstigem - nicht unbedingt als liebevoll einzustufendem - Eltern-

543 b) Keidel/Kuntze/Winkler § 15, 1; Jansen § 12, 39.
544) Jansen § 12, 76 mwN.
545) Jansen aaO.

verhalten hinnehmen mußte und es "gesund" überstanden hat[546]. Zugleich wird damit auch die Überzeugung ausgedrückt, daß die Erziehung, die man den eigenen Kindern zukommen läßt, nicht dazu geeignet ist, das Kind ernsthaft zu gefährden[547], und man zudem seine eigene Erziehungskompetenz nicht in Frage gestellt wissen will. Bei dem Rückblick auf die eigene Kindheit wird jedoch die "heilsame Kraft des Vergessens" außer Acht gelassen, die im Gedächtnis eine "sorglose", "unbekümmerte" und "schöne" Kindheit behält, die in dieser Weise jedoch meist nie existierte[548].
Das Erfahrungswissen wird auf diese Weise verfälscht und liefert den Grund dafür, daß Kindesleiden und -verzweiflung ohne körperliche Mißhandlung oder auch die psychische Schädlichkeit von körperlichen Mißhandlungen kaum Anerkennung[549] bei jenen Richtern finden, die ihren Sachverstand bzgl. dieser Tatsachen und Schlußfolgerungen für ausreichend halten.

Ein anderer Grund, der zum Absehen von der Hinzuziehung eines Gutachters führt, könnte die meist unbewußte Abneigung der Juristen gegen das Fachwissen von Psychologen und Psychiatern sein[550]. Es werden von psychologischen und psychiatrischen Gutachten selten wichtige und notwendige Aufschlüsse erwartet[551], und der in weiten Teilen dieser Wissenschaftsbereiche herrschende Schulenstreit und die theoretischen Divergenzen sprechen für Juristen leicht gegen jeden Realitätsgehalt[552]. Dies ist umso erstaunlicher, als die meisten Juristen doch nicht an der Rechts-

546) Zenz, Psychosozial 80, 5 ff. (7).
547) Zenz aaO.
548) Zenz, Psychosozial 80, 5 ff. (5).
549) Zenz aaO.
550) in diese Richtung auch Zenz, Psychosozial 80, 5 ff. (6).
551) Zenz, Kindesmißhandlung, S. 407.
552) Zenz, Psychosozial 80, 5 ff. (6).

wissenschaft deshalb zweifeln, weil sie ganz überwiegend aus Kontroversen besteht, und auch Meinungsverschiedenheiten unter Medizinern stellen deren Arbeit - auch als Sachverständige im gerichtlichen Verfahren - keineswegs grundsätzlich in Frage.

Die Einholung eines Sachverständigengutachtens sollte wegen der Komplexität der Zusammenhänge und der schweren Erkennbarkeit der psychischen Auswirkungen bestimmter Situationen (s. oben Teil I A) auf ein Kind noch mehr die Regel werden, als es bislang ist. Zwar hat die Zahl der - veröffentlichten - Entscheidungen, denen ein Sachverständigengutachten zugrundelag, seit Inkrafttreten des SorgeRG merklich zugenommen[553], jedoch treten immer noch Fälle und Entscheidungen auf, in denen die Gerichte bzw. die Richter eine Situation, die eigentlich nur mit psychologischem Einfühlungsvermögen und Sachverstand adäquat beurteilt werden kann, von sich aus "mit genügend Sachverstand" beurteilen[554].

Es wäre zu überlegen, ob nicht regelmäßig ein Gutachten zum psychischen Kindeswohl einzuholen ist[555]. Da die psychische Dimension nicht nur bei der Gefährdung des geistigen und seelischen Wohls, sondern auch stets bei der Gefährdung des körperlichen Wohls in Betracht zu ziehen ist[556], könnte auf diese Weise stets ermittelt werden, inwieweit das psychische Wohl gefährdet ist und zu seinem Schutz besondere Maßnahmen ergriffen werden müssen. Auch wenn ein Kind aus einer gestörten Familiensituation

553) insoweit hat sich die Prognose von Fehnemann FamRZ 79, 661 ff., daß die Zahl der psychologischen Gutachten steigen wird, bewahrheitet; dies bestätigt auch Simitis FS für Müller-Freienfels S. 579 ff. (600).
554) vgl. nur die Entscheidung BayObLG DAVorm 85, 332 = FamRZ 85, 522.
555) Beres ZfJ 82, 449 ff. (470).
556) Beres ZfJ 82, 449 ff. (470); Zenz, Kindesmißhandlung, S. 96.

zunächst ein relativ unauffälliges Verhalten zeigt, kann es dennoch mit einer tiefgreifenden Störung der psychischen Entwicklung belastet sein. Dies zu erkennen verlangt eine sorgfältige diagnostische Klärung, die nicht alleine von JA-Mitarbeitern oder Richtern bewältigt werden kann, die "gelegentlich als Kinder auch einmal geschlagen wurden"[557]. Dazu sind gezielte Erhebungen, Analysen und ausführliche Auswertungen erforderlich, die nur von Sachverständigen erbracht werden können (s.auch oben Teil I A).

Wegen der vielfach schwierigen Erkennbarkeit der psychischen Gefährdung des Kindeswohls ist deshalb bei jedem vormundschaftsgerichtlichen Fall, der eine Gefährdung des Kindeswohls zum Gegenstand hat, die Einholung eines Gutachtens betreffend das psychische Kindeswohl zu fordern. Um die Gerichte zu veranlassen, diese Gutachten auch stets einzuholen und es nicht ihrem Ermessen anheimzustellen, ist eine gesetzliche Normierung der Begutachtungspflicht bezüglich des psychischen Kindeswohls zu fordern. Zu denken wäre etwa an eine Einfügung eines § 50 e FGG, in dem diese Pflicht festgelegt wird[558]. Er könnte wie folgt lauten:

> (1) Das Gericht hat in einem Verfahren, das die Personensorge für ein Kind betrifft, stets durch Begutachtung durch einen Sachverständigen festzustellen, inwieweit das psychische Wohl des Kindes beeinträchtigt oder gefährdet ist.

557) Zenz, Kindesmißhandlung, S. 407/408.
558) eine Pflichtnormierung erscheint erforderlich und eine "soweit-erforderlich-Normierung" nicht ausreichend, da im Parallelfall von § 43 JGG der richterliche Spielraum nur selten voll ausgeschöpft wird, s. dazu Focken/Pfeiffer RdJB 79, 338 ff.

(2) Das Gericht darf von einer solchen Begutachtung nur absehehen, wenn mit ihr Nachteile für die Entwicklung des Kindes verbunden sind. Unterbleibt die Begutachtung weil Gefahr im Verzuge ist, so ist sie unverzüglich nachzuholen.

Damit wäre ein hinreichender Schutz der psychischen Dimension zwar noch nicht 100%ig gewährleistet, es wäre jedoch zumindest sichergestellt, daß die psychische Dimension in das Verfahren eingebracht und berücksichtigt wird.

Damit stößt man jedoch auf einen weiteren Problempunkt, der auch nach der geforderten Einführung des § 50 e FGG bestehen bleibt: Zwar kann ein Gutachten zum psychischen Kindeswohl angefordert werden, notwendig ist dazu jedoch die Mitwirkung der Eltern. Es ist jedoch auch der Fall denkbar, daß der Richter die Einholung eines solchen Gutachtens angefordert hat, die Eltern das zu begutachtende Kind jedoch nicht zum Gutachter bringen bzw. diesem den Zugang zur Wohnung oder jeden anderen Kontakt mit dem Kind verbieten und verhindern.
Zunächst ist zu fragen, ob nicht allein aufgrund der richterlichen Anordnung, ein solches Gutachten sei zu erstatten, eine hinreichende Rechtsgrundlage auch für die zwangsweise durchzuführende Begutachtung geschaffen wurde. Hierbei ist jedoch zu beachten, daß eine - hier dann auch erforderliche - psychologische Begutachtung, d.h. also eine Exploration eines Verfahrensbeteiligten durch einen Arzt oder Psychologen eine Offenlegung von Gefühlen, Anschauungen, Charakterzügen, Veranlagungen und der physisch-psychischen Etnwicklung darstellt. Dieser Bereich, der durch die Begutachtung aufgedeckt werden soll, fällt jedoch in den Schutzbereich von Art. 2 GG[559]. Das Recht auf

559) Fehnemann FamRZ 79, 661 ff. (667); BayObLG FamRZ 79, 737 ff. (739) mwN.

Achtung der geistig-seelischen Integrität[560] genießt somit Grundrechtsschutz, und ein Eingriff in dieses Persönlichkeitsrecht ist grundsätzlich nur mit der Einwilligung des Betroffenen bzw. mit der Einwilligung des gesetzlichen Vertreters bei Minderjährigen[561] zulässig, Ausnahmen bedürfen der gesetzlichen Normierung[562].

Zunächst ist zu prüfen, ob in diesem speziellen Fall nicht wegen der Existenz von § 15 FGG von einer Ermächtigung abgesehen werden kann. Die psychologische Begutachtung ohne Einwilligung des zu Begutachtenden bzw. seines gesetzlichen Vertreters stellt jedoch insoweit Anwendung von Zwang dar, weil als Zwang jede "äußere und/ oder innere physische oder psychische Nötigung zu Handlungen oder Denkinhalten, die nicht mit der freien Entscheidung einer Person übereinstimmen"[563] verstanden wird. Über die Möglichkeit und Auswahl der Anwendung von Zwangsmitteln trifft § 15 FGG keine Bestimmung. Auch die Erwägung, der Untersuchungspflicht des Gerichts müßten als Korrelat entsprechende Zwangsbefugnisse gegenüberstehen, ist unzulässig, da der Schluß von der Aufgabe zur Befugnis, d.h. also vom Zweck auf das Mittel, mit rechtsstaatlichen Grundsätzen nicht zu vereinbaren ist[564]. Zweckmäßigkeitserwägungen und Analogien können deshalb das Fehlen von ausdrücklichen gesetzlichen Ermächtigungen nicht rechtfertigen[565].

Eine richterliche Anordnung eines Gutachtens gem. § 15 FGG stellt somit keine gesetzliche Ermächtigung im oben ge-

560) so bezeichnet von Fehnemann aaO.
561) Maunz/Dürig/Herzog/Scholz Art. 2 Abs., 66 mit FN 2; Art. 2 Abs. 2, 37.
562) BayObLG FamRZ 79, 737 ff. (739).
563) Der Große Brockhaus 12. Band S. 634, linke Spalte.
564) Jansen § 12, 66.
565) Jansen aaO.

nannten Sinne dar[566]. Auch § 33 FGG kann diese Ermächtigung nicht liefern, da diese Bestimmung nur die Erzwingung solcher Gebote ermöglicht, die in einer gerichtlichen Verfügung enthalten sind, die insoweit auf einer konkreten materiellen oder verfahrensrechtlichen Vorschrift beruhen muß[567]. § 33 FGG ermöglicht nur die Anordnung von Erzwingungsmaßnahmen unter der Voraussetzung, daß schon die Befugnis, eine Handlung, Unterlassung oder Duldung verlangen zu können, sich entweder aus dem FGG oder einem anderen Gesetz ergibt[568]. § 33 FGG begründet demnach keine "Befugnis des Gerichts, einer Person die Verpflichtung zur Vornahme einer Handlung aufzuerlegen, (er) setzt deren Bestehen vielmehr voraus"[569].

Letztlich käme nur noch § 372 a ZPO als gesetzliche Ermächtigung zur Duldung von Untersuchungen in Betracht. § 372 a ZPO gilt jedoch nur für Untersuchungen zur Feststellung der Abstammung, trifft hier also nicht zu.

Es bleibt somit festzuhalten, daß eine gesetzliche Ermächtigung zum Grundrechtseingriff durch eine psychologische Begutachtung nicht besteht. Demnach ist zu einer solchen Begutachtung eines Kindes stets die Einwilligung der/des Erziehungsberechtigten erforderlich, d.h. gegen deren Willen kann keine psychologische Begutachtung durchgeführt werden. Die Inhaber der elterlichen Sorge haben darüber zu entscheiden, ob sich der Minderjährige der Begutachtung zu unterziehen hat oder nicht[570]. Der Beweisbeschluß bzw.

566) so BayObLG FamRZ 72, 528 ff. (530) = BayObLGZ 72, 201 ff. (204); OLG Stuttgart FamRZ 76, 538 ff. (539); Jansen § 12, 68, 69, 71 mwN; BayObLG FamRZ 79, 739; Fehnemann FamRZ 79, 661 ff. (663); allg. M.
567) BayObLG FamRZ 79, 739 ff.
568) Pfeuffer Rpfleger 73, 233 ff. (237).
569) OLG Hamm Rpfleger 56, 243 ff. (244).
570) Fehnemann FamRZ 79, 661 ff. (663);BayObLG FamRZ 79, 339/340; OLG Köln v. 23.3.79, 4 UF 15/79 (zit. nach Hanslik/Heetfeld/Schneider/Zellerhoff).

die richterliche Anordnung reicht nicht aus, um das Gutachten - gegen den Willen der Eltern - zu erzwingen.

Zu keinem anderen Ergebnis führt auch die Überlegung mit § 13 FGG. Dadurch kann zwar angeordnet werden, daß ein Beteiligter persönlich vor Gericht erscheint. Da jedoch die Erstellung eines Gutachtens stets außerhalb des Gerichts, also im privaten Bereich erfolgt, kann diese Regelung nicht zutreffen. Eine erzwingbare Verpflichtung zum außergerichtlichen Erscheinen vor einem Sachverständigen besteht über § 13 FGG nicht[571].

Somit bleibt als einzige Möglichkeit im bestehenden System des FGG die Ersetzung der fehlenden Einwilligung der Erziehungsberechtigten durch das Gericht selbst gem. § 1666 Abs. 2 BGB, durch die das umständliche Verfahren des teilweisen Entzugs des elterlichen Sorgerechts für diesen Bereich und die Übertragung auf einen Pfleger, der dann die Zustimmung erteilt, ersetzt wurde[572].
Aber für § 1666 Abs. 2 BGB ist das Vorliegen von § 1666 Abs. 1 BGB Voraussetzung. Das bedeutet, daß nur in den Fällen, in denen eine psychologische Begutachtung zur Abwendung einer Gefährdung vom Kindeswohl unabweisbar notwendig ist und Aufklärung verspricht, das elterliche Verhalten, d.h. die Verweigerung der Zustimmung, als mißbräuchlich iSv § 1666 Abs. 1 S. 1 BGB anzusehen sein wird[573]. Dies wird in der Praxis äußerst selten der Fall sein der Fall sein, da die psychologische Begutachtung erst dazu befähigt festzustellen, ob eine psychische Kindeswohlgefährdung vorliegt und nicht schon selbst zur Abwendung der psychischen Kindeswohlsgefährdung dient. Ein

571) Jansen § 15, 13 mwN; § 12, 68, BayObLGZ 72, 202 f.= FamRZ 79, 528.
572) so auch Fehnemann FamRZ 79, 661 ff. (663), KG FamRZ 76, 538; Böhm DAVorm 85, 731 ff. (739).
573) so BayObLG FamRZ 79, 740.

Vorgehen über § 1666 Abs. 2 BGB erscheint daher in der Hauptzahl der Fälle nicht möglich.

Zur Durchsetzung der psychologischen Begutachtung ist deshalb die Normierung einer gesetzlichen Ermächtigung erforderlich. Es sollte eine Regelung, die die psychologische/psychiatrische Untersuchung eines Kindes gegen den Willen der Erziehungsberechtigten zuläßt ins FGG eingefügt werden, damit der Verpflichtung zur Einholung eines Sachverständigengutachtens durch die Möglichkeit ihrer zwangsweisen Durchsetzung Geltung verschafft werden kann.

Diese gesetzliche Ermächtigung sollte in der Weise formuliert werden, daß die Einwilligung der Erziehungsberechtigten zur psychologischen Begutachtung ihres Kindes vom Vormundschaftsgericht ersetzt werden kann, eine bloße Möglichkeit des Übergehens des elterlichen Willens kann nicht ausreichen. Die Ersetzung der Zustimmung ist erforderlich, weil die Einwilligung der Eltern nicht nur zur Wahrung des Kindesrechte erforderlich ist, sondern auch zur Wahrung der Elternrechte. Denn die psychologische Begutachtung der Kinder deckt auch deren Beziehung zu ihren Eltern auf, und tangiert somit auch das Elternrecht des Art. 6 Abs. 2 GG[574]. Nur wenn die elterliche Einwilligung ersetzt wird, nicht wenn sie nur übergangen wird, wird deutlich, daß auch die Elternrechte und -interessen berücksichtigt wurden, diese jedoch in diesem Fall zurücktreten mußten. Für diese Ersetzungsbefugnis durch das Vormundschaftsgericht ist weiter zu fordern, daß sie unter stark erleichterten Voraussetzungen erfolgen kann und nicht erst bei Vorliegen der Voraussetzungen des § 1666 Abs. 1 BGB nach der heute noch herrschenden Interpretation. Da die psychologische Exploration oft unerläßlich ist, um Gefährdungen an - für einen laienhaften Beobachter

574) Böhm DAVorm 85, 731 ff. (738).

- normal reagierenden Kindern zu bemerken, darf nicht der Grundsatz herrschen, daß das Gericht zur Ersetzung der Einwilligung den Nachweis der unbedingten Notwendigkeit der Untersuchung beizusteuern hat, sondern es sollte eine Beweislastumkehr in der Weise betrieben werden, daß die Erziehungsberechtigten nachzuweisen haben, daß ihre Weigerung begründet, und die Untersuchung nicht notwendig sei. Nur in diesen Fällen sollte von der Regel der Ersetzung der Einwilligung durch das Gericht Abstand genommen werden können.

In den vorgeschlagenen § 50 e FGG ist deshalb noch in Abs. 1 ein weiterer Satz einzufügen:

> "Die Einwilligung der Erziehungsberechtigten zur Begutachtung kann vom Vormundschaftsgericht ersetzt werden, sofern nicht die Verweigerung der Einwilligung unter Berücksichtigung von Art. 6 GG rechtmäßig ist."

Damit wäre die Anordnung und Erstattung eines Gutachtens betreffend das psychische Kindeswohl gesichert. Durch die Ersetzung der Einwilligung wären die Erziehungsberechtigten auch verpflichtet, dem Gutachter einen Kontakt mit dem Kind zu ermöglichen und könnten dazu auch über § 33 FGG gezwungen werden, da dann auch eine von § 33 FGG geforderte Verpflichtung zur Handlung, Unterlassung oder Duldung besteht.

Zu fragen ist noch, ob nicht auch der Minderjährige selbst der psychologischen Begutachtung zustimmen muß, bzw. ob er diese nicht sogar alleine erteilen kann. Hier ist an eine Parallele zum ärztlichen Heileingriff zu denken, bei welchem die Einwilligung des reifen und einsichtsfähigen Minderjährigen erforderlich und ausreichend ist. Im Gegensatz zum ärztlichen Heileingriff werden bei der psychologischen Begutachtung jedoch auch Rechte der Eltern tangiert, weshalb die Einwilligung der Eltern stets erforder-

lich ist, eine Einwilligung des Minderjährigen alleine also nicht genügen kann. Darüberhinaus ist aber auch die Einwilligung des Minderjährigen, soweit er genügend einsichtsfähig ist, zu fordern. Dies ergibt sich schon aus der Natur der Sache: Die Durchführung einer psychologischen Untersuchung gegen den Willen des Minderjährigen könnte keine vernünftigen und verläßlichen Ergebnisse erzielen, da bei der Erforschung der Psyche in hohem Maße die Mitwirkung des Probanden erforderlich ist. Liegt diese nicht vor, so können die Ergebnisse mangels Verläßlichkeit nicht verwertet werden[575]. Gegen den Willen des Minderjährigen vorzugehen bzw. seine Einwilligung ersetzen zu lassen, liegt daher zwar im Bereich des juristisch Möglichen, der Zweck der Begutachtung würde damit jedoch nicht erreicht werden können.

Es wäre auch noch zu überlegen, ob nicht noch eine gesetzliche Ermächtigung zur psychologischen Begutachtung der Erziehungsberechtigten geschaffen werden sollte. Für die Gesamtbeurteilung der Familiensituation wäre es u.U. von entscheidender Nützlichkeit zu erfahren, ob und welche schweren psychischen Störungen bei den Eltern vorliegen, und ob eventuell auch positive Ansatzpunkte für eine erfolgversprechende Familientherapie vorhanden sind[576]. Ohne gesetzliche Normierung kann diese Begutachtung jedoch auch hier nicht erreicht werden[577], da auch sie einen erheblichen Eingriff in das Persönlichkeitsrecht der Eltern bedeutet. Es bestehen jedoch - zumindest für den hier in Betracht kommenden Elternkreis - erhebliche Zweifel an der Nützlichkeit und Effektivität einer solchen Regelung: Wenn die Eltern sich uneinsichtig für die Psyche des Kindes zeigen und sich auch sonst diesem gegenüber gleichgültig oder ablehnend verhalten, so wird sich daran auch

575) so auch Böhm DAVorm 85, 731 ff. (738).
576) so auch Zenz, Kindesmißhandlung, S. 408/409.
577) so auch die Entscheidung OLG Stuttgart FamRZ 75, 167.

durch eine psychologische Begutachtung nichts ändern. Außerdem werden sich solche Eltern auch ablehnend gegenüber einer psychologischen Begutachtung verhalten, und ohne Mitwirkung der Probanden ist auch bei Erwachsenen eine psychologische Begutachtung unzuverlässig und deshalb nicht verwertbar. Aus diesem Grunde erscheint eine zwangsweise durchsetzbare psychologische Begutachtung der Eltern wenig sinnvoll, die Einführung einer solchen Möglichkeit ist daher nicht erforderlich[578].

*bb. Behandlung des Sachverständigengutachtens*

Eingehender Erörterung bedarf auch der Themenbereich der Behandlung des Sachverständigengutachtens im Prozeß.

Dabei ist zunächst einmal - quasi "vor der Klammer" darauf einzugehen, ob die Gutachten von Psychologen oder Psychiatern als Sachverständigengutachten überhaupt geeignet sind und verläßliche Aussagen treffen können. Dazu ist auch auf die Methoden einzugehen, die bei einer psychologischen Begutachtung Anwendung finden.
Wie oben aufgeführt, lassen sich psychische Gefährdungen in ihrem ganzen Ausmaß meistens nicht durch ein direktes Beobachten und Befragen der Kinder erkennen, sondern erst durch psychologische Exploration. Damit kann auch erkannt werden, ob es sich bei Verhaltensauffälligkeiten lediglich um Auffälligkeiten handelt, die dem Kind zwar Anpassungsschwierigkeiten und andere Probleme bringen mögen und die durch eine bessere Erziehung hätten vermieden werden kön-

578) anders wohl Zenz, Kindesmißhandlung, S. 408 ff., die jedoch die Überlegung, wie eine Familientherapie bei unwilligen Eltern mit latent vorhandenen Besserungstendenzen praktisch durchgeführt werden kann, außer Acht läßt.

nen, aber noch keine Gefährdungen darstellen, oder ob sich hinter den Verhaltensauffälligkeiten schon etwas Gravierenderes verbirgt, das als "psychische Gefährdung" bezeichnet werden kann, wenn nicht gar schon als psychische Erkrankung etwa in der Form der Depression (s. dazu oben Teil I A).

Gesicherte Fakten sind auf diese Weise jedoch nicht zu erlangen[579]. Die Komplexität der menschlichen Existenz bedingt eine Vielzahl an Möglichkeiten, die sich nur schwer vergleichen lassen, wie auch die Natur des Erkenntnisobjektes, die geistigen, seelischen, gefühlsmäßigen Strukturen und Bedürfnisse eines Menschen sowie seine Beziehungen zu seiner sozialen Umwelt die Absage an naturwissenschaftliche Meßbarkeit geradezu herausfordert[580].

Ein Vergleich der psychologischen Begutachtung mit anatomisch-morphologischen oder gar physiko-chemischen Meßverfahren erscheint deshalb unangemessen[581], die Erwartung von "exakten" Ergebnissen iSd Naturwissenschaften verfehlt[582]. Gleichwohl kann nicht davon abgesehen werden, psychologische Erkenntnisse und Methoden bei der Bestimmung der Grenzen des Kindeswohls zu beachten[583], da in der psychologischen Begutachtung durch Fachleute das gesamte Erkenntnismaterial zur Erforschung der Psyche eingesetzt wird, das Laien in dieser Weise nicht zur Verfügung steht.
Psychologische Erkenntnisse können jedoch nur einen hypothetischen Charakter besitzen, die Beurteilung der psychischen Situation kann niemals den Geltungsanspruch

579) Coester S. 423; OLG Frankfurt DAVorm 79, 130 ff. (131).
580) Coester S. 423.
581) Wegener NJW 79, 1253 ff. (1254); Einführung S. 150.
582) Coester S. 425.
583) Coester S. 425; Alternativkommentar-Münder § 1666, 18.

von Fakten erheben, und so sind denn auch Aussagen zum psychischen Kindeswohl weit von der Gewißheit und Unangreifbarkeit von Tatsachenfeststellungen entfernt[584]. Dies gilt allgemein für die psychologischen Erkenntnismethoden. Zugespitzt hat sich die Frage des Erkenntniswertes und der Beweisgeeignetheit sogenannter projektiver Tests, die von der Psychologie auch bei den hier in Betracht kommenden Fällen als geeignetes Mittel zur Erforschung der Psyche eines Kindes angesehen werden (s. oben Teil I A).

Diese Testverfahren werden jedoch teilweise von der Rechtsprechung und der Literatur abgelehnt[585], vor allem mit dem Argument, solche Tests seien für subjektive Interpretationszufälligkeiten des jeweiligen Gutachters anfällig und für spekulative Analogieschlüsse äußerst offen[586]. Wegen des nahezu unbegrenzten Spielraums für spekulative Analogieschlüsse sei eine angemessene Zurückhaltung erforderlich und geboten.
Aus dem bisher Gesagten geht zwar hervor, daß Testverfahren in diesem Bereich nie gänzlich frei von subjektiven Einflüssen sein können und auch nie den Gewißheitsgrad von serologischen Gutachten erreichen, daß sie aber gleichwohl unerläßlich zur Erkennung der Situation sind.
Es muß auch darauf hingewiesen werden, daß die Mehrzahl der heute verwendeten projektiven Tests standardisiert wurde und so die Gefahr von subjektiven Deutungen minimiert worden ist[587]. Das Auftreten des Testenden nicht als Meßinstrument, sondern als Protokollant, der kindliche Reaktionen an festliegenden Auswertungsanleitungen mißt, schließt unkontrollierte Vorerfahrungen und

584) Coester S. 454; Arntzen S. 67.
585) OLG München NJW 79, 603 ff. = FamRZ 79, 337 ff. mit zust. Anm. März; OLG Karlsruhe ZfJ 80, 139 f.; Gernhuber, Familienrecht, S. 864.
586) OLG München NJW 79, 604.
587) vgl. Wegener NJW 79, 1253 ff. (1254).

subjektive Vorurteile weitgehend aus[587]. Die standardisierte Aufgabenstellung und das festliegende Testmaterial erleichtern die Nachvollziehbarkeit durch den Richter und die Überprüfung bezüglich subjektiver Deutungen des Gutachters.

Das Hauptargument für die Beibehaltung von projektiven Tests bei der psychologischen Begutachtung von Kindern bildet jedoch die besondere Eignung gerade dieser Testverfahren für die kindliche Klientel.

Während bei der Anwendung von projektiven Testverfahren die psychische und gefühlsmäßige Situation des Kindes quasi spielerisch von diesem ausgedrückt und vom Testenden erfaßt werden kann, müßte bei einem Verzicht auf solche Verfahren die psychische Situation anhand einer direkten Befragung erfolgen. Die direkte Befragung eines Kindes wirft jedoch - auch wenn sie durch einen Psychologen erfolgt - einige Schwierigkeiten auf:

Zum einen besteht die erhebliche Gefahr von Mißverständnissen und Informationsdefiziten aufgrund des bestehenden sprachlichen Gefälles zwischen Befrager und Befragtem. Ein Kind im Alter zwischen 3 und 12 Jahren kann seine seelischen Empfindungen nicht in gleicher Weise verbalisieren wie ein Erwachsener, wenn es überhaupt in der Lage sein sollte, Psychisches auszudrücken[588].

Zum zweiten besteht die Gefahr der bloßen Wiedergabe von eingelernten Antworten, die dann nicht die Psyche des Kindes, sondern den Willen der Eltern wiedergeben[589].

588) Wegener ZfJ 79, 1253 ff. (1254) u. Einführung S. 151; Arntzen S. 65.
589) Wegener NJW 79, 1253 ff. (1254); Arntzen S. 57.

Drittens aber ist durch eine direkte Befragung des Kindes dessen Belastung um ein erhebliches vermehrt. Das Kind soll sich plötzlich dazu äußern, wie "gut" oder "lieb" seine Eltern sind und wird dadurch sehr oft in Konflikte gestürzt, die es psychisch überfordern. Es möchte keineswegs zum "Verräter" an seinen Eltern werden, und auch nur eine vorschnelle Äußerung in irgendeine Richtung können Schuldgefühle bei ihm hervorrufen. Die Situation gewinnt etwas Bedrohliches für das Kind[590], und nicht selten wird es versuchen, dieser Situation durch Schweigen oder falsche Aussagen zu entfliehen.

Die Mangelhaftigkeit, wenn nicht gar Wertlosigkeit der Ergebnisse von direkten Befragungen dürften somit auf der Hand liegen.

Demnach sollte - auch im Interesse des Kindes - auf die Anwendung von projektiven Tests bei der psychologischen Begutachtung nicht verzichtet werden[591], die dann aber - wie oben dargestellt - keineswegs als einziges Mittel zur Begutachtung zu verwenden sind, sondern als ein "Einzelbaustein"[592] in der Gesamtdiagnostik, als "Hinweis" nicht als "Beweis"[593].

Die Beschreibung des "Ist-Zustandes" ist jedoch nicht das einzige, was von der psychologischen Begutachtung im Falle der psychischen Kindeswohlgefährdung verlangt wird. Zumin-

590) Wegener NJW 79, 1253 ff. (1254) und Einführung S. 151; Arntzen S. 57; Böhm DAVorm 85, 731 ff. (741); Coester S. 549.

591) dasselbe wie für projektive Tests muß auch für semi-projektive Tests gelten, bei denen die Projektion bewußt auf bestimmte Situationen gelenkt wird. Verschiedene Testarten können sowohl projektiv als auch semi-projektiv angewandt werden, vgl. Arntzen S. 63 f.

592) so Wegener Einführung S. 152; Böhm DAVorm 85, 731 ff. (741).

593) Ell ZfJ 80, 531 ff. (532).

dest gleichgewichtig ist die dem Gutachter vom Gericht abverlangte Prognose über die Weiterentwicklung des Kindes und seiner psychischen Situation.

Während bei der Feststellung der Ist-Situation von einer relativ starken Zuverlässigkeit der durch die verschiedenen Begutachtungsarten gewonnenen Ergebnisse gesprochen werden kann, kann für die Prognose über die zukünftige Entwicklung des Kindes und seiner psychischen Situtation nur von einem geringeren Wahrscheinlichkeitsgrad ausgegangen werden[594].

Da für die zukünftige Entwicklung nicht alle mit ins Spiel kommenden Faktoren beachtet werden können (weil sie noch unbekannt sind, wie etwa die Belastung der familiären Situation durch eine spätere Arbeitslosigkeit des Vaters oder der Mutter), sind diese Aussagen noch erheblich weiter entfernt von naturwissenschaftlichen "Beweisen" als die Analyse des Ist-Zustandes. "Auch den Fachwissenschaften steht hier kein Instrumentarium zur Verfügung, das Vorhersagen über die Entwicklung einzelner Kinder ermöglicht, die entsprechenden Vorhersagen von Laien im Ergebnis deutlich überlegen wären"[595]. Dennoch muß davon ausgegangen werden, daß solche Gutachteraussagen verläßlicher sind als diejenigen der Laien, da sich die Prognoseaussagen von Gutachtern auf eine ausführlichere und genauere Situationsanalyse stützen können, die Gutachter ein größeres Erfahrungswissen haben und ihnen aufgrund ihrer Ausbildung die Bedeutung einzelner - schon bekannter - Faktoren für das Kindeswohl bekannt ist und sie so zumindest gewisse Anahltspunkte für eine Prognose besitzen. Dagegen kann sich der Richter auf keine entsprechende Ausbildung verlassen und ist oft nur auf seine nie über-

594) Arntzen S. 68.
595) Coester S. 455.

prüften "Erfahrungssätze"[596] angewiesen, die idR dem Kindeswohl gerade zuwiderlaufen.
Von diesen zwei Alternativen erscheint deshalb die Prognoseentscheidung durch einen ausgebildeten Gutachter zuverlässiger und richtiger.

Es kann hier also festgehalten werden, daß trotz der Charakterisierung von psychologischen Gutachten (eingeschlossen der (semi-)projektiven Tests) als Wahrscheinlichkeitsaussagen diese ein geeignetes Mittel zur Sachverhaltsermittlung in Form von Sachverständigengutachten darstellen. Die psychologischen Gutachten sollten daher behandelt werden wie andere Sachverständigengutachten, ohne allzu große Abstriche an ihrer Aussagekraft und ihrem Beweiswert vorzunehmen.

Nach den allgemeinen Verfahrensvorschriften des FGG - wie auch der ZPO - unterliegt jedes Sachverständigengutachten der freien Beweiswürdigung des Gerichts[597]. Dies bedeutet, daß das Gericht in alleiniger Verantwortung den Rechtsstreit bzw. das Verfahren entscheidet und der Sachverständige nur "Gehilfe des Gerichts" ist[598].
Der Richter hat bei seiner Beweiswürdigung das Sachverständigengutachten einer selbständigen, eigenverantwortlichen Prüfung zu unterziehen. Er muß dabei die dem Gutachten zugrundegelegten Tatsachen, einschließlich der vom Sachverständigen selbst auf Grund seiner Sachkunde festgestellten Befundtatsachen nicht nur auf ihre Richtigkeit, sondern auch auf die logische Schlüssigkeit und die Überzeugungskraft der Argumente hin überprüfen[599]. Nur so wird dem Grundsatz der freien Beweiswürdigung, der aus

596) Coester S. 455.
597) h.M. statt vieler Jansen § 15, 10.
598) so Jessnitzer S. 78 ff., Sternbeck/Däther FamRZ 86, 21 ff.
599) Jessnitzer S. 78.

Art. 92 und 97 GG entspringt, wonach die rechtsprechende Gewalt den Richtern anvertraut ist, die unabhängig und nur dem Gesetz unterworfen in alleiniger Verantwortung entscheiden, voll Rechnung getragen. Der Sachverständige ist also keinesfalls zur Entscheidung berufen, auch nicht in einer einzelnen, ihm zur Begutachtung vorgelegten Fachfrage[600]. Der Sachverständige hat dem Gericht lediglich die diesem fehlende Sachkenntnis zu vermitteln[601], um dem Gericht eine ausreichende Entscheidungsgrundlage zu bieten.

Daraus folgt für den Richter, daß er in seinem Urteil erkennen lassen muß, daß er die Aussagen des Gutachters im einzelnen überprüft und nicht nur das Ergebnis des Sachverständigen übernommen hat. Dies bedeutet, daß der Richter auf alle Fälle die wichtigsten Ausführungen und Überlegungen, die im Gutachten geäußert werden, im Urteil wiedergeben muß, wenn er das Ergebnis übernehmen will[602]. Will er dagegen vom Ergebnis des Sachverständigengutachtens abweichen, so muß er sich ausführlich mit der anderen Meinung auseinandersetzen und die Gründe für sein Abweichen angeben[603]. Die erforderliche eigene Sachkunde hat er dabei nachzuweisen bzw. durch Zuziehen eines weiteren Sachverständigen zu ersetzen[604].

Die Überprüfung des Sachverständigengutachtens erweist sich jedoch als äußerst schwierig, wenn dem Gericht die notwendige Sachkunde dazu fehlt. Dann sieht sich der Richter nicht in der Lage das Gutachten auf seine Richtigkeit hin zu überprüfen. In diesen Fällen soll der Richter nach der wohl h. M. - ausnahmsweise - berechtigt und

600) Jessnitzer S. 78.
601) Göppinger S. 28.
602) BGHSt 7, 238; 8, 113, 118; BGH NJW 59, 780; Jessnitzer S. 82.
603) Keidel/Kuntze/Winkler § 15, 10; Jessnitzer S. 82 mwN.
604) Jessnitzer S. 82 mwN.

verpflichtet sein, auf die Autorität des Sachverständigen hin seine Beweisfeststellung zu treffen[605]. Entscheidend solle in diesen Fällen sein, "ob die dem Gutachten zugrundegelegte Lehre in den maßgebenden Fachkreisen als richtig und zuverlässig anerkannt ist. Steht dies fest, so muß der Richter sie als richtig hinnehmen, selbst wenn er ihre Grundlagen im einzelnen nicht erschöpfend nachprüfen kann, was bei neuen natruwissenschaftlichen Erkenntnissen und Verfahren häufig zutreffen wird"[606]. Diese Ausnahme erkennt die Rechtsprechung für die angesprochenen technischen und naturwissenschaftlichen Erkenntnisse und Verfahren an. Dagegen hat sich für den Bereich der psychologischen Gutachten, für den sich der in Jugendsachen erfahrene Richter immer noch sachkundig genug hält und aus dem er nicht in seiner Richterrolle durch den Sachverständigen verdrängt werden will[607] hat sich die Zuerkennung der Ausnahmesituation des mangelnden Sachverstandes bei den Richtern noch nicht durchsetzen können. Hier soll sich der Richter noch nicht auf die Nachprüfung der Zuverlässigkeit der zugrundegelegten Methode, die Schlüssigkeit und Logik der Gedankenführung beschränken dürfen.

Aufgrund des oben in Teil I A Ausgeführten sind dazu jedoch folgende Aussagen zu treffen:

Die psychische Dimension des Kindeswohls und die Weiterentwicklung der psychischen Situation des Kindes kann zuverlässig und genau nur von Fachleuten bestimmt werden, die auf diesem Gebiet ein fundiertes Wissen besitzen. Den Richtern fehlt dieses Fachwissen im Regelfall. Deshalb sollten sie sich auch nicht scheuen, ihre fehlende fachliche Kompetenz auf diesem Gebiet zuzugeben und sich bei der

605) BGHSt 7, 238; Jessnitzer S. 83.
606) Jessnitzer S. 83.
607) diese Gefahr sieht Gernhuber, Neues Familienrecht, S. 91 bei zunehmender Einschaltung von Sachverständigen.

Überprüfung der Gutachten auf die Bereiche zu beschränken, die sie auch bei komplizierten technischen oder naturwissenschaftlichen-medizinischen Gutachten überprüfen[608]: die Schlüssigkeit und Logik der Gedankenführung sowie die Anerkanntheit der zugrundegelegten Lehre in Fachkreisen. Dies bedeutet keinesfalls die "Abdankung gegenüber den Sachverständigen"[609], die bei Einholung von medizinischen oder technischen Gutachten auch nicht befürchtet wird, sondern dies würde lediglich die Kontrolle durch die Richter auf das wirklich von ihnen überprüfbare beschränken.

Damit die dem Richter verbleibende Kontrollmöglichkeit auch hinreichend ausgeschöpft werden kann, sollte sich die Praxis der Gutachtenerstattung ändern. Bei der derzeitigen Form der Erstattung von Gutachten werden meist nur kurz die Ergebnisse der psychischen Ist-Situations-Analyse, eventuell mit Beschreibung der Testergebnisse bei Verwendung projektiver Tests wiedergegeben sowie eine Maßnahme befürwortet. Das Aufzeigen von Alternativen wird dagegen vernachlässigt. In dieser Weise kann dem Richter eine Schlüssigkeits- und Logikkontrolle schwerlich möglich sein.
Es entspricht eher den Anforderungen an ein Sachverständigengutachten, wenn in ihm die Angreifbarkeit der Meinung mit allem Für und Wider dargelegt wird. Alle in Betracht kommenden Abhilfemöglichkeiten sollten dargestellt und in ihren zu erwartenden Auswirkungen abgewogen werden, so daß es dem Richter möglich ist, den "schwarzen Peter aufzunehmen" und eine Entscheidung zu treffen[610], für die er ja

608) vgl. auch Günther ZfJ 77, 323 ff. für den Begriff "Verwahrlosung" bei § 64 JWG.
609) so befürchtet von Gernhuber, Neues Familienrecht, S. 91, der die Gefahr des Richters als "Sprachrohr" sieht.
610) so auch Harbauer S. 43.

letztlich auch die alleinige Verantwortung trägt. Zur Verständlichkeit der Darlegung ist auch erforderlich, daß der Sachverständige die von ihm angewandten Methoden erläutert. Darin ist eingeschlossen, daß die zugrundegelegte wissenschaftliche Methode erkennbar wird und welche Gültigkeit und Zuverlässigkeit diese hat. Ferner sollten bei Verwendung von Testverfahren diese erläutert werden und es sollte dargelegt werden, ob der Test für die Altersgruppe des Probanden allgemein oder nur im speziellen Fall geeignet ist[611], und in welcher Weise aus den gefundenen Testergebnissen Schlüsse auf die Psyche des Kindes gezogen werden können[612]. Auf diese Weise kann dem Richter die Überprüfung von Schlüssigkeit und Logik erheblich erleichtert und u.U. sogar erst ermöglicht werden. Auch sollten forensisch tätige Sachverständige ein hinreichendes Bild von der Arbeitsweise der Richter haben, um so die Punkte, auf die ein Richter erfahrungsgemäß großen Wert legt, besonders klar und prägnant auszudrücken. Dieses Wissen - und auch das Wissen des Richters um die sich nicht unerheblich von der juristischen Arbeitsweise unterscheidende psychologische und psychiatrische Arbeitsweise[613] - fördert ein gegenseitiges Verstehen und eine gegenseitige Rücksichtnahme[614] zum Wohle des Kindes.

Eine weitergehende "Herrschaft des Sachverständigen" in der Form der Einräumung eines Beurteilungsspielraumes, den der Richter nur im Falle der Überschreitung der Ermessens-

611) Böhm DAVorm 85, 731 ff. (742).
612) für die Überprüfbarkeit der Sachverständigengutachten durch die Richter auf Darstellung und Begründung des Entscheidungsprozesses, Gründlichkeit der Exploration, wissenschaftliche Abgesichertheit, innere Widerspruchsfreiheit und Objektivität auch Coester S. 456 ff.
613) so Berk S. 9 und Oberloskamp ZfJ 82, 519 ff. (526) für Sozialarbeiter.
614) Wegener Einführung S. 22; zur Notwendigkeit einer gegenseitigen Akzeptanz Coester Bad Boll 1983 (14) S. 69.

grenzen ersetzen kann, ist dagegen abzulehnen. Es erheben sich sowohl auf Richter- wie auf Sachverständigenseite erhebliche Bedenken.

Zum einen würde so dem Richter sein Entscheidungsmonopol in erheblichem Maße genommen. Kann er die Entscheidung des Sachverständigen nur auf die Einhaltung des Ermessensspielraumes überprüfen, ist ihm die inhaltliche Entscheidung selbst aus der Hand genommen und dem Sachverständigen übergeben worden. Es sind deshalb zumindest erhebliche Bedenken in Bezug auf Art. 94 GG angebracht.

Zum zweiten besteht die Gefahr, daß Sachverständige ihre Meinung in Gutachten zwar überzeugend, logisch und innerhalb des ihnen zustehenden Ermessens darlegen, daß diese Meinung aber dennoch auf tönernen Füßen steht, die vom sachlich unerfahrenen Richter nicht erkannt werden[615]. Es kann nicht völlig ausgeschlossen werden, daß die Sachverständigen innerhalb ihres Ermessensspielraumes eine Hypothese vertreten, für die sie ein erstes "Übungsobjekt" zu finden hoffen. Der Angriff auf solche Gutachter in der einschlägigen Fachpresse verspricht auch wenig Erfolg, weil sie für die Richter bis zur endgültigen Widerlegung ihrer Befähigung immer noch als Experten gelten[616].

Auch die Gutachter selbst hegen in gleicher Weise Abneigung dagegen, die endgültige Entscheidung zu übernehmen. Auch dem Sachverständigen sind Grenzen gesetzt, über die er sich nicht hinwegsetzen sollte. Wenn er in einem Verfahren als "ausgleichende Instanz" zwischen streitenden Eltern, dem Vormundschaftsrichter, der sich eng an seinen

615) so auch Schütz FamRZ 86, 947.
616) vgl. den von Reissenberger AnwBl 86, 91 kommentierten Fall einer Gutachterin im OLG-Bezirk Schleswig.

Gesetzestext halten möchte, dem Kind, dem JA und u.U. noch Pflegeeltern vermitteln soll, dann wird damit oft das prognostische Vermögen des Sachverständigen überfordert[617].

Deshalb ist die Einräumung eines Ermessensspielraumes für die Sachverständigen bei der Begutachtung zur Feststellung einer Gefährdung des psychischen Kindeswohls in Ahnlehnung an die Entscheidung des Bundesverwaltungsgerichtes[618] abzulehnen. Die Situation stellt sich auch insoweit anders dar, als es sich bei der Stelle, die in oben genannter Entscheidung einen Ermessensspielraum eingeräumt bekam, um die Bundesprüfstelle handelte, die kollegial nach besonderen Grundsätzen gebildet ist. Diese Bundesprüfstelle entscheidet alle Verfahren auf diesem Gebiet und gewährleistet so eine einheitliche Rechtsprechung. Dies rechtfertigt die Einräumung eines Ermessensspielraumes in diesem konkreten Fall, zumal die Bundesprüfstelle als Kollegialorgan auf Einigung und Findung einer Mehrheit zur Fassung eines Beschlusses angewiesen ist.

Die Überprüfung des Sachverständigengutachtens durch den Richter sollte deshalb in der Weise erfolgen, daß jedenfalls die wissenschaftliche Anerkennung der zugrundegelegten Methode sowie die Schlüssigkeit und Logik des darauf aufbauenden Gutachtens kontrolliert wird, auch wenn die Grundlagen des Gutachtens im einzelnen nicht erschöpfend nachgeprüft werden können. Bei einer auf eine dementsprechende Kontrollmöglichkeit ausgerichtete Abfassung des Sachverständigengutachtens kann der Richter dieser Kontrollfunktion auch in vollem Umfang nachkommen.

Es ist allerdings noch zu überlegen, ob nicht die Sachver-

617) Harbauer S. 42.
618) BVerG NJW 72, 596 ff. (598).

ständigenarbeit in einem größeren Umfang institutionalisiert werden sollte, etwa in der Weise, daß nach Möglichkeit in einem größeren Bezirk stets die gleichen Gutachter tätig werden, die einheitliche Begutachtungsmethoden befolgen und so eine einheitliche(re) Rechtsprechung gewährleisten können. Welche unterschiedlichen Ergebnisse die Gutachter bei etwa gleich gelagerten Fällen erzielen können, die dann - wenn das Gericht die Ergebnisse unbesehen übernimmt - zu unterschiedlichen Gerichtsentscheidungen mit derselben Begründung führen, zeigen zwei Entscheidungen des Oberlandesgerichtes Stuttgart und des Oberverwaltungsgerichtes Münster[619].

Zur Vereinheitlichung der Rechtsprechung zumindest im Bezirk eines Oberlandesgerichtes wird daher vorgeschlagen, eine gewisse Anzahl von geeigneten Sachverständigen in ein dem Oberlandesgericht angegliedertes Sachverständigeninstitut zu übernehmen[620]. Von dieser Sachverständigenkommission, die aus Psychologen, Psychiatern, Pädagogen und Kinderärzten bestehen sollte, könnte dann in jedem Fall, der die Einholung eines Sachverständigengutachtens erfordert, ein Gutachter angefordert werden. Durch die Angliederung an das Oberlandesgericht könnte außerdem noch eine Verfahrensbeschleunigung erreicht werden, da diese Sachverständigen die forensische Gutachtenerstattung als ihre Haupttätigkeit ausüben und deshalb dafür mehr Zeit zur Verfügung haben als sonstige Experten, die die Gutachtertätigkeit nur nebenbei ausüben. So muß bei der Erstattung eines Gutachtens durch ein Universitätsinstitut idR

619) vgl. dazu die Entscheidungen des OLG Stuttgart JZ 85, 848 ff. und OVG Münster FamRZ 85, 511, die jeweils von der anderen Prämisse ausgingen und daraufhin zu gegenteiligen Entscheidungen kamen. Kritisch auch Schütz FamRZ 86, 947 ff. (948).

620) für eine ähnliche Regelung im Sinne einer ständigen Beraterstelle Simitis 2. DFGT S. 185.

sechs Monate darauf gewartet werden. Diese sechs Monate stellen aber im Leben eines 10-jährigen Kindes, dessen Schicksal solange im ungewissen bleibt, eine lange Zeit der Schwebe dar, die nicht in Kauf genommen werden sollte.

Die Sachverständigenkommission könnte auch eine Reihe von Begutachtungsmodalitäten festlegen, die von jedem der einzelnen Gutachter dann zu beachten wären. So könnten aus der großen Anzahl der möglichen Tests diejenigen ausgewählt werden, die kurz, für die Kinder wenig belastend, aber dennoch sicher und aussagekräftig sind. Aus einem solchen Fundus von infrage kommenden Tests ließe sich dann in der Regel der passende für den konkreten Fall finden.

Dieses System bietet zwei Vorteile:

Erstens werden durch die ständige Übung die Sachverständigen selbst sicherer im Umgang mit den Gerichten, den Richtern und den Tests und zweitens können sich die Richter auf die Tests einstellen, ihre Aussagekraft, Gültigkeit und Anwendungsmöglichkeit erlernen und sich ein sicheres, auf die speziellen Tests begrenztes Wissen aneignen, das es ihnen ermöglicht, die Gutachten effektiv und sorgfältig zu überprüfen.

Die Sachverständigenkommission wäre auch in der Lage, neue Diagnostik- und Testverfahren, die in der Wissenschaft gefunden werden, zuvor theoretisch auf ihre Tauglichkeit im forensischen Bereich zu überprüfen und damit die forensische Psychologie eigenständig fortzuentwickeln.

Eng verbunden mit der Frage nach der Rolle eines Sachverständigengutachtens im Verfahren ist auch die Fragestellung, ob nicht die Sachverständigen als Beisitzer oder Berater mit auf der Richterbank sitzen sollen. Zu denken wäre etwa an eine Parallelregelung zur Kammer für Handels-

sachen oder zum früheren Erbgesundheitsverfahren[622].

Hierbei treten jedoch gleich zu Anfang schwerwiegende Probleme auf: Sollen die Sachverständigen mit zum entscheidenden Gremium des Gerichts gehören, so gilt auch für sie das Gebot des gesetzlichen Richters aus Art. 101 Abs. 1 S. 2 GG. Dies bedeutet, daß die Sachverständigen mit dem Geschäftsverteilungsplan ebenso festgelegt sein müssen wie die Richter[623]. Benötigt man jedoch für den anstehenden Prozeß anstatt des im Geschäftsverteilungsplanes vorgesehenen Psychologen einen Kinderarzt oder Pädagogen, so kann eine Auswechslung nach Bedarf nicht erfolgen, ohne daß entweder dem Sachverständigen die (Mit)Entscheidungskompetenz entzogen werden muß oder aber der Grundsatz des gesetzlichen Richters verletzt wird. Eine bedarfsgerechte Gutachterbestellung je nach Sachlage scheint nicht mehr möglich, ebenso wie auch ein unnötiges Beisein eines Sachverständigen bei Prozeßteilen, die für ihn nicht interessant und relevant sind, nicht mehr vermieden werden kann. Diese Zeit wäre in der Erstattung eines anderen Gutachtens gewinnbringender angelegt[624].

Eine Beisitzer- oder Richterrolle des Sachverständigen ist deshalb abzulehnen. Es ist angebrachter, jeweils den geeignetsten Sachverständigen (aus der Sachverständigenkommission) nach Bedarf heranzuziehen und diesen zu verpflichten, sein Gutachten detailliert, klar und mit Aufschlüsselung aller möglichen Folgen darzustellen, um dem Richter die Entscheidung und Überprüfung zu erleichtern.

622) Kruchen S. 154 f.
623) Frommann S. 168 f., Kruchen S. 158.
624) so auch Zenz, Kindesmißhandlung, S. 411.

Ebenso wie der Ruf nach dem "Sachverständigen als Richter" erhoben wurde, wurde auch der Ruf nach dem "Richter als Sachverständiger" laut. Dies kann jedoch nach dem oben dargelegten nicht dahin ausgelegt werden, daß dem Richter der Sachverstand zur alleinigen Beurteilung zugesprochen werden soll, sondern es ist darin die Forderung nach einer fachgerechten Ausbildung des Vormundschaftsrichters zu sehen[626].

Diese interdisziplinäre Ausbildung der Vormundschaftsrichter ist auch deshalb erforderlich, um den Richtern ein hinreichendes Grundwissen zu vermitteln, aufgrund dessen sie u.U. auch von einem Sachverständigengutachten abweichen können und eine eigene Wertung vorzunehmen vermögen. Ohne solche Kenntnisse über Testverfahren, Begutachtung und forensische Psychologie im allgemeinen erscheint die Ersetzung des Sachverständigengutachtens durch die Auffassung des Richters als willkürlich und als unzulässige Ersetzung von Fach- durch Laienverstand.

Die Vermittlung von psychologischem Grundwissen sollte dabei schon während des Studiums erfolgen, ohne jedoch den Ausbildungsgang derart zu spezialisieren, daß als Berufsziel nur noch Familien- oder Vormundschaftsrichter in Betracht kommt. Vielmehr solite der Erwerb von psychologischem Grundwissen als Pflicht allen Studenten auferlegt werden. So könnte vermieden werden, daß die teilweise übliche Methode der Besetzung von Vormundschaftsrichterstellen mit jungen und unerfahrenen Richtern[627] sich zum Schaden der betroffenen Kinder auswirkt.

Solange jedoch eine solche Ausbildung noch fehlt, kann

626) für die Notwendigkeit der Wissensvermittlung im soziologischen, psychologischen und pädagogischen Bereich: Bosch FamRZ 80, 739 ff.; Simitis et. al. S. 163; Giesen S. 14.

627) so Ollmann ZfJ 78, 497 ff. (504); eine Bestimmung wie § 23 b Abs. 3 GVG für das Vormundschaftsgericht fehlt, was auch Salgo FamRZ 84, 221 ff. (227) rügt.

sich der Richter erst durch langjährige Erfahrung und berufsspezifische Fortbildung[628] die erforderlichen Kenntnisse erwerben und die richterliche Beurteilung der Fälle, die vor dem Erwerb der Erfahrung liegen, stellt ein va-banque-Spiel dar, dessen Fehlschlag regelmäßig die betroffenen Kinder zu tragen haben.

Die detaillierte Beurteilung eines psychologischen Gutachtens und seine angemessene richterliche Überprüfung, wie sie vereinzelt in Entscheidungen anzutreffen ist, stellt bis heute jedoch eher die Ausnahme als die Regel dar. Solange auch die Behandlung der Themenbereiche der forensischen Psychologie oder Psychiatrie im juristischen Studium auf Wahlfachgruppen im Rahmen der Kriminologie (so in Baden-Württemberg) oder auf freiwillig wahrzunehmende Lehrveranstaltungen anderer Fakultäten beschränkt bleibt, bleibt die Verbesserung der Situation in weiter Ferne und bloße Hoffnung[629]. Es werden weiterhin nur solche Studenten mit psychologischem Wissen aus dem Jurastudium hervorgehen, die sich speziell dafür interessierten und sich die psychologischen Kenntnisse nebenbei angeeignet haben. Die

628) vgl. Puls ZfJ 84, 8 ff. (10), die davon ausgeht, daß zumindest die Familienrichter viel gelernt hätten; zudem hätten die Landesjustizverwaltungen in der Vergangenheit dem Erfordernis der Fortbildung durch Angebote Rechnung getragen, was aber in der Zeit der leeren Kassen ausbliebe. Zur unangemessenen Richterfortbildung auch Salgo Bad Boll 1983 (14) S. 47 (Diskussionsbeitrag). Dagegen beurteilt Hinz in der Tagung 1984 (13) S. 7 den Stand der Richterfortbildung positiv. Für die Notwendigkeit einer Aus- und Weiterbildung der bei Familien- und Vormundschaftsgerichten tätigen Richter in Bereichen der Pädagogik und Psychiatrie auch BVerfG NJW 81, 217 ff. (218) unter Hinweis auf den Vorschlag des RA in BT-Drucksache 8/2788 S. 42.

629) psychologische und pädagogische Feststellungen werden allenfalls im Bereich von Kriminologie/Jugendstrafrecht relevant. Dies ist gem. § 5 Abs. 4 JAPrO BaWü ein Wahlfachbereich. Ebenso Salgo FamRZ 84, 221 ff. (227); Giesen S. 36; Bosch FamRZ 80, 739 ff.

Notwendigkeit bleibt jedoch trotz mancherorts geäußerter Zweifel über deren Praktikabilität[630] solange bestehen, wie der Richter psychologische Gutachten zu überprüfen hat.

## 3. Angemessene Vertretung des Kindes

Als nächstes soll der Problembereich der angemessenen Beteiligtenvertretung untersucht werden. Dabei ist hier vor allem nach der angemessenen Vertretung und Interessenwahrung der beteiligten Minderjährigen, speziell der unter 14-jährigen zu fragen.

### a. § 50 b FGG

Soll in einem Verfahren vor dem Vormundschaftsgericht das Wohl des Kindes die oberste Maxime sein, so muß gewährleistet sein, daß die Wünsche, Neigungen, Bindungen und Interessen des Kindes in das Verfahren eingebracht und genügend berücksichtigt werden. Das ist auf zweierlei Weise denkbar. Zum einen durch die Wahrnehmung der Kindesinteressen durch den Minderjährigen selbst, zum anderen durch

630) so Oberloskamp ZfJ 82, 519 ff. (526), die diese Forderung als utopisch ansieht, dagegen aber Frommann S. 168, der dies als "unverzichtbares Minimalprogramm" ansieht.

die Wahrnehmung der Minderjähriginteressen durch eine dritte Person, die dazu berufen und geeignet erscheint. Im folgenden soll - ausgehend von der Situation de lege lata - die Problematik und ein Lösungsversuch dargestellt werden.

Wie oben erwähnt wurde, ist das Kind gem. § 50 b FGG anzuhören, wenn Neigungen, Bindungen oder der Wille des Kindes entscheidungsrelevant sind oder ein unmittelbarer Eindruck geboten erscheint. Ist das Kind jedoch noch nicht 14 Jahre alt, so ist - nach dem Wortlaut - eine Anhörung in das Ermessen des Gerichtes gestellt. Gleichwohl haben sich Literatur und Rechtsprechung dahin entwickelt, daß auch Kleinkinder stets anzuhören seien[631]. Nur so könne eine Entscheidung, die den Belangen des Kindes gerecht werde, ergehen[632].
Eine Ausnahme soll nach § 50 b Abs. 3 FGG lediglich erlaubt sein, wenn das Gericht "beachtliche Gründe"[633] geltend macht, die eine direkte Kontaktaufnahme zwischen entscheidender Instanz und betroffenem Kind verbieten ferner dann, wenn die Anhörung untauglich und für das Kind belastend sein könnte. Solche Gründe können gegeben sein, wenn das Kind durch eine Anhörung nur noch stärker verwirrt würde, wenn zu befürchten ist, daß das Kind im Vor- oder Nachhinein der richterlichen Befragung Strafen der Eltern erhält, weil die Eltern das Kind zu einer bestimmten Aussage bewegen oder es für eine dafür bestrafen wol

631) BayObLG ZfJ 85, 36: 3 Jahre; s. auch Fehmel ZfJ 82, 654 ff.: "Anhörung grundsätzlich immer"; sowie BVerfG NJW 81, 217 ff.; Klußmann S. 91; Baer FamRZ 82, 221 ff. (232/233); Beres ZfJ 82, 1 ff. (6); Dickmeis ZfJ 82, 271 ff. (281); vgl. aber auch OLG Hamm DAVorm 86, 804, wo eine persönliche Anhörung der Kinder nicht für erforderlich erachtet wurde, da "aufgrund frühzeitiger Trennung weder Neigungen noch Bindungen der Kinder zu den Eltern" vorliegen konnten.
632) BVerfG NJW 81, 217 ff. (218); auch Kunz ZfJ 86, 187 ff. (197).
633) so formuliert in BGH FamRZ 84, 1084.

len oder auch wenn das Kind durch den Kontakt mit dem Richter schon vor einer endgültigen Entscheidung in seinem sozialen Um- und Beziehungsfeld stark zu leiden hätte.
Durch die oben genannte Entwicklung in Literatur und Rechtsprechung dürfte die Gefahr der "Verwässerung der Neuregelung" und des zu ausgiebigen Gebrauchs der Möglichkeit aus § 50 b Abs. 3 FGG, die kurz nach Inkrafttreten der neuen Vorschriften gesehen wurde[634], gebannt sein.
Dem gegenüber tritt jedoch die "normative Kraft des Faktischen": noch vor 6 Jahren (also noch vor Inkrafttreten von § 50 b FGG, aber mit der Möglichkeit der Kindesanhörung über § 12 FGG) war die Anhörung der Kinder im Sorgerechtsverfahren die seltene Ausnahme[635], und von allen Seiten wurden erhebliche Anstöße gefordert, um die danach normierte Anhörungspflicht in die Tat umzusetzen. Dazu wurde vor allem eine verbesserte Aus-, Fort- und Weiterbildung der Richter gefordert, die diese in die Lage versetzen sollte, eine Kindesanhörung so durchzuführen, daß das Kind möglichst wenig belastet wird, der Richter jedoch möglichst viel aussagekräftiges Material aus Kindessicht zur Verfügung hat[636]. Diese Aus- und Weiterbildung mag zwar angeboten werden[637], die Teilnahme daran ist jedoch nicht Pflicht. Da die Richter ohnehin meist mit Arbeit überlastet sind, wird dieses Angebot von ihnen oft nicht wahrgenommen und die Anhörung in den Hintertrung treten[638]. Diese im großen und ganzen nicht zufriedenstellende Situation könnte bei Beachtung der hier angeregten

634) z.B. von Fehmel DAVorm 81, 169 ff.; Arbeitskreis III 8 des 2. DFGT DAVorm 79, 717 = FamRZ 79, 903.
635) Happe ZfJ 80, 542 ff. (543); Jans/Happe FGG Vorbem. 2 (S. 244).
636) Happe ZfJ 80, 542 ff. (543); BVerfG NJW 81, 217 ff. (218); BT-Drucksache 8/2788 S. 42.
637) wenngleich sie nach Puls ZfJ 84, 8 ff. (10) zur Zeit der "leeren Kassen" ausbleibt.
638) so Willutzki Bad Boll 1983 (14) S. 132 (Diskussionsbeitrag).

Vorschläge nicht unerheblich verbessert werden:

Nach dem hier vorgeschlagenen Lösungsmodell soll in einem Verfahren über die Personensorge stets ein Gutachten zum psychischen Kindeswohl eingeholt werden. In dieses von Experten erstellte Gutachten fließen dann alle kindorientierten Aspekte, die kindlichen Neigungen, Bindungen, Wünsche und Interessen ein und werden bei der Auswertung der Exploration durch den Sachverständigen sorgfältig geprüft und abgewogen. Damit ist die erste Fallgruppe, wegen der eine persönliche Anhörung des Kindes durch den Richter gem. § 50 b FGG erfolgen soll, hinreichend berücksichtigt. Zur Feststellung der kindorientierten Aspekte muß also eine persönliche Anhörung durch den Richter nicht mehr erfolgen, da dies bei den Sachverständigen in kompetenteren Händen liegt. Der Sinn und Zweck dieser Regelung wird ebenfalls hinreichend berücksichtigt, da es bei der ersten Fallgruppe von § 50 b Abs. 1 FGG ersichtlich nur darauf ankommt, die Empfindungen des Kindes zu erforschen, um sie im Verfahren beachten zu können. So stellt auch das Bundesverfassungsgericht fest[639], daß die Wahl der erfolgversprechendsten Methode der Kindesanhörung Angelegenheit des zuständigen Gerichts sei. Wird für diese Fallgruppe also lediglich auf die den besten Erfolg garantierende Methode abgestellt, so erscheint eine eigenständige richterliche Pflichtanhörung des Kindes dazu nicht notwendig.

Anders stellt es sich dagegen bei der zweiten Fallgruppe dar, wenn es bei der Anhörung darum geht, daß sich das Gericht vom Kind einen unmittelbaren Eindruck verschafft. Dieser Anhörungszweck kann durch das psychologische Gutachten des Sachverständigen nicht erreicht werden, da ein unmittelbarer Eindruck stets nur durch ein unmittelbares

639) in BVerfG NJW 81, 217 ff. (218 f.).

Gegenüberstehen und Gespräch gewonnen werden kann[640]. Dieser Anhörungszweck ist bei Sorgerechtsverfahren grundsätzlich immer erforderlich[641], und sei es auch nur zur Feststellung, daß das Kind als "unnahbar" empfunden wird. Es mag zwar Fälle geben, in denen von einem persönlichen Eindruck des Gerichts vom Kind, über dessen Schicksal entschieden werden soll, abgesehen werden kann, diese Fälle werden jedoch die seltene Ausnahme darstellen und die grundsätzliche Regel, daß nicht über einen Menschen geurteilt und bestimmt werden soll, ehe man ihn selbst kennengelernt hat[642], eher bestätigen[643].

Zur Vermittlung eines unmittelbaren persönlichen Eindrucks vom Kind ist demnach eine Anhörung durch das Gericht erforderlich, und zwar in allen Fällen. Wenn aber der Richter das Kind nicht nach Empfindungen erforschen muß, um eine tragfähige Entscheidungsgrundlage zu finden, sondern sich lediglich auf einen "persönlichen Eindruck" beschränken kann, um u.U. auch nachprüfen zu können, ob das Gutachten des Sachverständigen nach seinem - in dieser Beziehung - "Laienverstand" richtig und logisch schlüssig ist, benötigt der Richter selbst auch bedeutend weniger außerjuristische Kenntnisse und Fähigkeiten. Der Zeitaufwand ist bei einer so gearteten persönlichen Anhörung ebenfalls geringer, obwohl natürlich auch hier nicht außer Acht gelassen werden kann, daß ein gewisses Maß an psychologischem Einfühlungsvermögen in die Kindessituation und ein behutsames Vorgehen angebracht und nötig ist[644]. Durch die Beschränkung der persönlichen Anhörung durch den Richter auf den Zweck der Vermittlung eines persönlichen Eindrucks könnte die Kindesanhörung auch bedeutend an

640) Kunz ZfJ 86, 187 ff. (197).
641) Fehmel ZfJ 82, 654 ff. (655); BVerfG NJW 81, 217 ff. (218).
642) so auch Klenner DAVorm 79, 807 ff. (808).
643) so Fehmel ZfJ 82, 654 ff. (655).
644) so auch Coester S. 371.

"Schrecken" für die Richter verlieren und damit verstärkte Anwendung finden. Da ein persönlicher Eindruck stets unerläßlich ist, sollte die Anhörung künftig als Pflicht normiert werden und die weite Ermessens-Formulierung sollte einer Muß-Vorschrift weichen.

Welche Form das Vormundschaftsgericht bei seiner Anhörung zum Zwecke der Verschaffung eines unmittelbaren persönlichen Eindrucks wählt, ist dabei Sache des Gerichts. Ob die Anhörung in An- oder Abwesenheit der Eltern, in fremder oder häuslicher Umgebung, alleine oder in Anwesenheit von Geschwistern oder Freunden erfolgen soll oder ob es gar ein möglichst unbemerktes Beobachten sein soll, um das Kind in seiner eigentlichen Wesensart und nicht in einer Anspannungssituation zu erleben, das muß eine Einzelfallentscheidung bleiben, die einerseits die Eigenarten des Kindes, sein Alter, seine normale Umgebung und Lebensart etc. berücksichtigt, auf der anderen Seite aber auch die Fähigkeiten des Richters, leicht oder schwer mit Kindern in Kontakt zu kommen, eventuelle Hemmungen bei Anwesenheit von Eltern oder anderen Kindern etc. mit in die Abwägung einbezieht[645]. Dazu lassen sich wohl keine Regeln aufstellen, etwa in der Weise, daß "die Unbefangenheit des Kindes ... darunter leiden"[646] würde, wenn bei der Befragung durch den Richter die Eltern anwesend seien[647]; es kann genauso häufig auftreten, daß ohne Anwesenheit der Eltern das Kind verstockt und verstört ist und außer dem Eindruck: "wenn das Kind bei fremden, ihm unbekannten Menschen ist, die zudem noch etwas von ihm wollen, reagiert es abwehrend und verstört" nichts vermittelt. Die Form der Anhörung sollte deshalb ins Ermessen des Gerichtes gestellt sein.

645) diese Schwierigkeiten auf Seiten des Richters sieht auch Zenz, Kindesmißhandlung, S. 423.
646) Fehmel ZfJ 82, 654 ff. (658).
647) gegen die Anwesenheit der Eltern auch Kunz ZfJ 86, 187 ff. (197).

Es ist somit festzuhalten, daß Kinder zur Wahrung ihrer Interessen und Rechte im Verfahren stets vom Richter anzuhören sind. Diese Anhörung soll ausschließlich der Verschaffung eines unmittelbaren persönlichen Eindrucks dienen, da die entscheidungserheblichen kindlichen Gefühle vom Sachverständigen erforscht, bewertet und ins Verfahren eingebracht werden. Wegen des Zweckes der Anhörung hat diese stets durch die zur Entscheidung berufenen Personen stattzufinden in einer von diesen ausgewählten, erfolgversprechenden Art und Weise.
Zur Klarstellung dieses Zwecks der Anhörung, des Pflichtcharakters der Anhörung und zur Schaffung einer einheitlichen Regelung auch im Zusammenhang mit dem nach den hier vertretenden Vorstellungen neu einzufügenden § 50 e FGG wird deshalb folgende Neuformulierung von § 50 b FGG vorgeschlagen:

(1) Das Gericht hört in einem Verfahren, das die Personen- oder Vermögenssorge betrifft, das Kind stets persönlich an, um sich einen unmittelbaren Eindruck von ihm zu verschaffen.

(2) In vermögensrechtlichen Angelegenheiten soll das Kind persönlich angehört werden, wenn dies nach Art der Angelegenheit angezeigt erscheint. Bei der Anhörung soll das Kind, soweit nicht Nachteile für seine Entwicklung oder Erziehung zu befürchten sind, über den Gegenstand und möglichen Ausgang des Verfahrens in geeigneter Weise unterrichtet werden; ihm ist Gelegenheit zur Äußerung zu geben.

(3) In Fällen des Abs. 1 darf das Gericht von der Anhörung nur aus schwerwiegenden Gründen absehen. Unterbleibt die Anhörung allein wegen Gefahr im Verzuge, so ist sie unverzüglich nachzuholen.

(4) Die Absätze 1 bis 3 gelten für Mündel entsprechend.

**b. Wahrung der verfahrensmäßigen Rechte**

Mindestens genauso wichtig wie der oben behandelte Punkt ist die Funktion der Rechte und Pflichten während des Verfahrensablaufes, die für einen Minderjährigen in Frage kommen können. Es stellt sich hier die Frage nach den verfahrensmäßigen Rechten des Minderjährigen vor allem in der Weise, ob sie hinreichend ausgeübt und gewahrt werden können.

Zu denken ist hier einmal an die Situation, daß sowohl das JA als auch das Vormundschaftsgericht ein Einschreiten ablehnen, sei es, weil sie die psychische Dimension des Kindeswohls im Ganzen verkennen, sei es, weil sie die Kausalität zwischen psychischer Gefährdung und konkretem elterlichen Erziehungsverhalten nicht erkennen. Hier liegt idR überhaupt keine beschwerdefähige Entscheidung vor, wenn das Vormundschaftsgericht - trotz § 12 FGG - auf dem Standpunkt beharrt, dies sei kein Fall für seine Zuständigkeit. Wer drängt dann das Vormundschaftsgericht über den Weg der Untätigkeitsbeschwerde beim Landgericht zur Wahrnehmung seiner gesetzlich vorgeschriebenen Aufgaben? Die schon oben erwähnte Möglichkeit einer Verfassungsbeschwerde kommt zwar in Frage, wird aber aus den erwähnten Gründen nur in den seltensten Fällen gewählt werden.

Sollte aber eine beschwerdefähige Entscheidung ergangen sein, so ist ein Minderjähriger, der das 14. Lebensjahr vollendet hat, selbständig beschwerdefähig. Wer übernimmt dieses Recht aber für jüngere Kinder oder solche, die ihr Beschwerderecht wegen fehlender intellektueller Fähigkeiten nicht ausüben können?

Wer rügt, wenn keiner der sonstigen Beteiligten Beschwerde einlegt, daß das Kind eventuell nicht ordnungsgemäß oder überhaupt nicht angehört wurde?

Hier auf die Beschwerdeberechtigung des § 57 Abs. 1 Nr. 9 FGG zu vertrauen, dürfte wegen der oben erwähnten Zurückhaltung in diesem Bereich, als Illusion angesenen werden.

*aa.Wahrung der Rechte des Kindes durch bislang Beteiligte*

*Eltern*

Die Wahrnehmung der Rechte des Kindes, die dieses noch nicht selbst ausüben kann, ist in erster Linie den Eltern des Kindes als seinen gesetzlichen Vertretern auferlegt. Es stellt sich bei dem hier in Betracht kommenden Elternkreis aber die Frage, ob sie willens und in der Lage sind, die verfahrensmäßigen Rechte ihres Kindes wahrzunehmen, wenn sie ihm sonst gleichgültig oder ablehnend gegenüber stehen. Hier ist vielmehr davon auszugehen, daß zwischen Eltern und Kind ein starker Interessenkonflikt besteht, der es unmöglich erscheinen läßt, daß die Kinderinteressen und -rechte von den Eltern wahrgenommen werden[648]. Auch die Vermutung, daß Eltern immer nur das Beste für ihre Kinder tun und nur zu deren Wohle handeln[649] ist oft widerlegt worden[650], so daß es dem Kind gegenüber geradezu unverantwortlich erscheint, wenn in einem Verfahren über mögliche Kindeswohlgefährdung durch die Eltern die Wahrnehmung der Kindesinteressen gerade diesen überlassen wird.

648) Zenz, Kindesmißhandlung, S. 148, 413/414; Salgo ZfJ 85, 259 ff. (262); van Els ZfJ 84, 509 ff. (510); Frommann S. 12 ff.; Limbach S. 14 f.
649) BVerfGE 34, 165 (184); 59, 360 (376); 60, 79 (94); 61, 358 (371); BGHZ 66, 334 (337).
650) Salgo ZfJ 85, 262 mwN.

*Anwalt der Eltern*

Es wäre zu überlegen, ob nicht - sofern die Eltern anwaltlich vertreten sind - den ohnehin eingeschalteten Elternanwälten die Wahrnehmung der Kindesinteressen zu übertragen ist[651]. Dem steht aber einiges entgegen:
Zum einen müßte dann zur Wahrung der Chancengleichheit aller betroffener Kinder im Vormundschaftsverfahren Anwaltszwang für die Eltern eingeführt werden.
Zum anderen wirft es die standesrechtliche Frage auf, ob ein Anwalt zwei u.U. entgegengesetzte Interessen vertreten kann. Man denke sich nur den Fall, daß parallel zum vormundschaftsgerichtlichen Verfahren wegen Kindeswohlgefährdung ein strafrechtliches Verfahren wegen Mißhandlung von Schutzbefohlenen anhängig ist, in dem die Eltern von demselben Anwalt vertreten werden wie im vormundschaftsgerichtlichen Verfahren[652]. Hier wird der Interessenkonflikt des Anwalts besonders deutlich.
Auch der Hinweis auf den Anwalt als "unabhängiges Organ der Rechtspflege" ist nicht dazu geeignet, den Anwalt im Einzelfall vom Auftrag und den Interessen seines Mandanten abweichen und die Interessen des Kindes wahrnehmen zu lassen[653].

*Jugendamt*

Weiter ist zu überlegen, ob nicht das JA als der berufene und geeignete Vertreter der Kindesinteressen diese im Verfahren wahrnehmen soll. Das JA ist ohnehin in die Verfahren eingeschaltet und hat in den meisten Fällen als

651) bejahend: van Els ZfJ 84, 509 ff. (510/511); ablehnend: Salgo ZfJ 85, 259ff.(262/263);Frommann S. 143f.
652) so im Anschauungsfall "Birgit" bei Zenz, Kindesmißhandlung.
653) so wohl aber van Els ZfJ 84, 509 ff. (511).

"Ermittlungsaußenstelle"[654] die tatsächliche Lebenssituation des Kindes untersucht und diese Kenntnis dem Gericht vermittelt.

Aber auch hier erheben sich Bedenken:

Oben wurde festgestellt, daß erhebliche Bedenken bezüglich der Qualität der JA-Berichte angebracht sind, die es dann auch fraglich erscheinen lassen, ob das JA bzw. seine Mitarbeiter die geeigneten Wahrer der Kindesinteressen und -rechte sind.

Des weiteren hat der Mitarbeiter des JAes schon Kontakte zu der betroffenen Familie, also zu Eltern und Kindern, gehabt und hat versucht, ein einverständliches Handeln zu erreichen. Dazu mußte er sich das Vertrauen beide Seiten verschaffen. Dieses frühere Verhalten könnte durch eine einseitige Wahrnehmung der Kindesinteressen und -rechte in Frage gestellt werden, genauso wie die Basis für eine zukünftige Zusammenarbeit mit den Betroffenen dadurch zerstört werden könnte[655].

Zudem ist der Mitarbeiter des JAes an Art. 6 Abs. 2 und 3 GG gebunden, wonach die Rechte der Eltern dem Recht des Kindes auf freie Entfaltung seiner Persönlichkeit sich gleichwertig gegenüberstehen[656].

Auch ist das JA abhängig von den vorgegebenen Möglichkeiten. Es muß sich innerhalb des vorgegebenen Handlungsrahmens bewegen, der eine zusätzliche Arbeitsbelastung, die mit einer größeren Kostenbelastung verbunden ist, kaum zuläßt[657]. Die Beachtung des finanziellen Rahmens des JAes kommt vor allem bei Fällen mit Ausländern ins Spiel, wo das JA bei seiner Interessenvertretung berücksichtigen

654) so Simitis et. al. S. 46.
655) wie hier Zenz, Kindesmißhandlung, S. 400; Fehmel ZfJ 82, 654 ff. (660); Salgo ZfJ 85, 259 ff. (260); - a.A. van Els ZfJ 84, 509 ff. (510), der diese Gefahr durch eine Umorganisation im JA bzw. Einschaltung eines freien Trägers gebannt sehen will.
656) Arndt/Oberloskamp S. 5; Limbach S. 16.
657) Salgo ZfJ 85, 259 ff. (260).

wird, daß bei einem (Teil)Entzug der elterlichen Sorge und einem damit verbundenem Verbleib eines ausländischen Kindes in der Bundesrepublik Deutschland erhebliche Kosten der materiellen Jugendhilfe anfallen können, wogegen bei einem Belassen des Sorgerechts bei den Eltern und einem damit verbundenen Fortzug der Familie ins Ausland diese Kosten nicht anfallen[658].
Daraus wird deutlich, daß die Tatsache, daß das JA in der Bundesrepublik Deutschland eine unabhängige Instanz für die Vertretung der besonderen Interessen von Kindern und Jugendlichen sein soll, noch lange nicht bedeutet, daß das JA und seine Mitarbeiter die Interessen des Kindes optimal wahrnehmen[659] können.

*Sachverständiger*

Ein weiterer Beteiligter am vormundschaftsgerichtlichen Verfahren, der als originärer Wahrer der Kindesrechte angesehen werden könnte, ist der Sachverständige, der nach der hier vorgeschlagenen Lösung stets zugezogen werden muß. Die Beschäftigung des Sachverständigen mit dem Kind zur Erforschung und Beurteilung seiner Lebenssituation und der damit verbundenen Empfehlung bezüglich der künftigen Lebenssituation kennzeichnen ihn als Unparteiischen, der die Interessen des Kindes in den Mittelpunkt stellt. So äußern sich auch Wissenschaftler in der Richtung, daß sie sich als "Anwalt des Kindes" fühlen[660]. Dies kann aber nichts anderes bedeuten, als daß sie bei ihren Gutachten stets diejenigen Interventionsmöglichkeiten darlegen sol-

658) vgl. den Fall AG Mönchengladbach-Rheydt FamRZ 86, 389 ff.
659) Fehmel ZfJ 82, 660; ders. ZfJ 83, 48; Arndt/Oberloskamp S. 5; Simitis et. al. S. 46 f.; Deutscher Kinderschutzbund S. 2; Salgo ZfJ 85, 259 ff. (260 f.); - a.A. van Els ZfJ 84, 509 ff. (510).
660) Lempp NJW 72, 315 ff. (316).

len, die für das Kind am besten - oder zumindest am wenigstens schädlich - sind. Ihr Engagement für das Kind und ihre Fachkompetenz im Rahmen ihres Gutachtens kann jedoch nicht darüber hinwegtäuschen, daß die in Frage kommenden Gutachter idR kaum dazu in der Lage sein dürften, Kindesinteressen und -rechte in einem gerichtlichen Verfahren zu vertreten[661]. Sie dürften mit diesem Bereich genauso große Probleme haben wie die Richter mit dem psychologisch-psychiatrischen Bereich[662]. Dieses fehlende Wissen könnte zwar durch Fortbildung beseitigt werden, jedoch ist die Ausbildung der Sachverständigen zu "Halb-Juristen" bedenklich, weil dadurch u.U. das Fachwissen des Sachverständigen Einbußen erleiden könnte. Auch aus dem Grunde, daß der Sachverständige dann gezwungen wäre, zur Wahrung der Kindesrechte das gesamte Verfahren zu verfolgen, und damit weniger Zeit für andere Gutachten hätte, ist diese Möglichkeit abzulehnen.
Zudem könnte durch eine Interessenvertretung des Kindes durch den Sachverständigen dessen Unabhängigkeit und Unbefangenheit in Zweifel gezogen werden, was gem. § 15 Abs. 1 FGG, §§ 406, 42 ZPO zur Ablehnung des Sachverständigen führen könnte[663].

*Richter*

Es bleibt noch die Überlegung, ob nicht durch den Richter selbst die Kindesinteressen in hinreichendem Maße gewahrt werden. Gerade die Ermittlung von Amts wegen im Sinne des Kindeswohls läßt eine zusätzliche Interessenvertretung des

661) so auch Salgo ZfJ 85, 259 ff. (262); Schütz FamRZ 86, 947.
662) diese Problematik tritt beim JA nicht auf, da dieses häufig an justizförmigen Verfahren teilnimmt und die Mitarbeiter auch dementsprechen ausgebildet werden.
663) Keidel/Kuntze/Winkler § 15, 27.

Kindes überflüssig erscheinen[664]. Bei dieser Betrachtungsweise wird jedoch übersehen, daß die Richter die Sachverhaltsermittlung ohnehin meist dem JA alleine überlassen[665], was starke Zweifel daran aufkommen läßt, ob die Richter alle Aspekte der Kindesinteressen auch wirklich wahren und berücksichtigen können.
Weiter muß berücksichtigt werden, daß der Richter Objektivität zu wahren hat. Das bedeutet, daß er "aufgrund seiner objektiv-neutralen Rolle nicht zugleich gezielt und optimal die Interessen einer Partei wahrnehmen kann und darf"[666]. Dies gilt entsprechend auch für die Wahrnehmung der Interessen des Kindes als Beteiligtem, wenn diese dem elterlichen Interesse zuwiderlaufen[667]. Wahrt der Richter diese Objektivität nicht, so kann er von den anderen Beteiligten nicht mehr als unabhängige Schlichtungs- und Entscheidungsinstanz akzeptiert werden[668]. Gerade diese Stellung als unparteiliche Entscheidungsinstanz verbietet es also, ihm die Ausübung prozessualer Befugnisse eines Verfahrensbeteiligten zu übertragen[669].

Zusammenfassend kann festgestellt werden, daß keiner der bislang am vormundschaftsgerichtlichen Verfahren beteiligten Personen bzw. Institutionen als ausschließlicher und geeigneter Wahrer der Kindesinteressen und -rechte angesehen werden kann.

664) so die befragten Richter bei Simitis et. al. S. 336; Salgo ZfJ 85, 259 ff. (261).
665) Simitis et. al. S. 336; Zenz, Kindesmißhandlung, S. 399; Salgo ZfJ 85, 259 ff. (261).
666) OLG Düsseldorf FamRZ 81, 659 ff. (696).
667) Fehmel ZfJ 82, 654 ff. (660); ders. ZfJ 83, 45 ff. (48).
668) Salgo zfJ 85, 259 ff. (261).
669) Frommann S. 141.

*bb. Wahrung der Rechte des Kindes durch einen Verfahrenspfleger*

Zur Wahrung der Kindesrechte und um zu verhindern, daß das Kind lediglich eine Objektstellung innehat, obwohl es am stärksten vom Ausgang des Verfahrens betroffen wird, sollte eine Einrichtung geschaffen werden, die die Kindesbelange vertritt. Bei der Frage nach der Gestaltung dieser Einrichtung sollte zunächst darauf geachtet werden, wie das BGB - dem die Tatsache einer Interessenkollision zwischen Eltern und Kind, die die elterliche Vertretungsmacht fragwürdig erscheinen läßt, nicht unbekannt ist - ähnliche Konfliktfälle regelt.

Hier wird im vermögensrechtlichen Bereich bei der Möglichkeit einer Interessenkollision über § 1909 BGB an die Stelle der Eltern ein Pfleger gesetzt, ebenso wie das Kind obligatorisch einen Pfleger erhält für den Fall einer Unterbringung, die mit Freiheitsentziehung verbunden ist, da dies einen "schwerwiegender Eingriff" darstellt[670]. Für alle anderen Verfahren, in denen eine Interessenkollision zwischen Eltern und Kind vorliegt, ist eine obligatorische Pflegerbestellung nicht vorgesehen[671]. Dabei geht es auch in diesen Fällen der Sorgerechtsverfahren um schwerwiegende Eingriffe in den persönlichen Lebensbereich der Kinder[672]. Es besteht lediglich die Möglichkeit, in Ausnahmefällen über §§ 1629 Abs. 2 S. 3, 1796 Abs. 2, 1909 BGB einen Pfleger zu bestellen. Solche Entscheidungen sind aber äußerst selten, und auch von der Möglichkeit, im

670) Limbach S. 14.
671) vgl. auch die Kritik bei Frommann S. 142 ff.
672) aus diesem Grunde hatte der Bericht der Kommission für das Recht der freiwilligen Gerichtsbarkeit 1977 auch eine Klärung des Interessenkonflikts in der Weise vorgeschlagen, daß in aller Regel ein Verfahrenspfleger zu bestellen sei,vgl.§§ 104, 155,9 I 1 E.

Rahmen der "erforderlichen Maßnahme" über § 12 FGG für das Kind einen Interessenvertreter zu bestellen wird so gut wie nie Gebrauch gemacht[673].

Der Grund für die Enthaltsamkeit in Sachen Verfahrenspfleger liegt offensichtlich darin, daß sich die eingreifenden Instanzen selbst als hinreichend befähigt und legitimiert zur Wahrung von Minderjähriginteressen ansehen[674]. Bestärkt in dieser Annahme werden die Gerichte zudem noch durch die Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts zu § 50 b FGG[675], in der entschieden wurde, daß die in § 50 b FGG geschaffene Regelung eine hinreichende Berücksichtigung der grundrechtlichen Stellung des Kindes garantiere[676]. Mit dieser Entscheidung wird das Problem des Verfahrenspflegers zwar als verfassungsrechtlich "vom Tisch" angesehen[677], damit ist jedoch die Frage, ob nicht durch weitere Verfahrensregelungen ein obligatorischer Verfahrenspfleger eingeführt werden soll, damit der Schutz der Kindes über das "hinreichende" Maß gewährleistet ist, nicht beantwortet.
Auch in seiner neuesten Entscheidung zu diesem Bereich[678] läßt das Bundesverfassungsgericht diese Frage offen. Gleichwohl läßt sich eine Neigung dahingehend erkennen, zukünftig verstärkt eine Pflegerbestellung zu befürworten, wenn die Eltern zur Vertretung des Kindes nicht willens oder nicht in der Lage sind. Entschieden wurde dies zwar nur für das verfassungsgerichtliche Verfahren, doch das Argument der Schutzwürdigkeit von Kindern, die ihre Rechte selbst nicht wahren können, vor Schaden, der ihnen durch

673) OLG Frankfurt FamRZ 80, 927; OLG Hamm OLGZ 86, 25 ff.; vgl. auch AG Mönchengladbach-Rheydt FamRZ 85, 532 und FamRZ 86, 389. In diesen Fällen wird die Beiordnung jedoch über Art. 103 Abs. 1 GG begründet.
674) Salgo ZfJ 85, 259 ff. (264).
675) BVerfG FamRZ 81, 124 = NJW 81, 217 ff.
676) BVerfG NJW 81, 217 ff. (218).
677) März FamRZ 81, 736 ff. (738).
678) BVerfG FamRZ 86, 871 ff.

Sorgerechtsentscheidungen entstehen kann, trifft im vormundschaftsgerichtlichen Verfahren gleichermaßen zu. Auch für dieses sollte zukünftig verstärkt von der Möglichkeit, einen Verfahrenspfleger zu bestellen, Gebrauch gemacht werden.

Dies wäre eine Rückkehr zu der früheren Rechtsprechung des Kammergerichts und der Oberlandesgerichte Dresden und Rostock, die eine Bestellung eines Pflegers für den Fall, daß die Anwendung von § 1666 BGB in Frage stand, ständig für geboten hielten, auch wenn nur die naheliegende Gefahr einer Interessenkollision bestand[679]. Diese Rechtsprechung und ihre Begründung wurde vom Reichsgericht als nicht stichhaltig verworfen und eine Pflegerbestellung als nur in Ausnahmefällen notwendig angesehen[680]. Dies mag für die damalige Zeit begründbar und dogmatisch richtig gewesen sein, da damals der Einzelne noch Objekt staatlicher Fürsorge und geradezu Untersuchungsobjekt, aber kein mitwirkungsberechtigtes Verfahrenssubjekt gewesen ist, ihm also auch keinerlei Einwirkungsmöglichkeit auf das Verfahren zugestanden hat[681], unter der Geltung des Grundgesetzes kann dies jedoch nicht mehr aufrechterhalten werden.

Auch für den Bereich der vormundschaftsgerichtlichen Verfahren ist eine der Stellung der Beteiligten als Verfahrenssubjekte angemessene Regelung erforderlich, die in einer obligatorischen Pflegerbestellung als Regel und nicht als Ausnahme hinreichend zum Ausdruck käme.

Dem steht auch die oben genannte erste Entscheidung des Bundesverfassungsgerichtes[675] nicht entgegen, da die Aussage, durch Statuierung der Anhörungspflicht in § 50 b FGG sei die hinreichende Berücksichtigung der grundrechtlichen Stellung des betroffenen Kindes garantiert, nicht beinhaltet, daß eine weitergehende Berücksichtigung der

679) KG Jahrbuch 1 (1900), 86; 2 (1901), 3; 3 (1903), 3; 4 (1904), 136; OLG Rostock OLGZ 3 (1901), 298; OLG Dresden OLGZ 6 (1903), 61.
680) RGZ 60, 134.
681) März FamRZ 81, 736 ff. (737).

Kindesrechte im Verfahren verfassungswidrig wäre.

Damit stellt sich noch die Frage der näheren Ausgestaltung der Figur des "Verfahrenspflegers". Vor allem ist dabei zu prüfen, auf welche Weise die Ausnahmefälle des Absehens von einer Pflegerbestellung von den Regelfällen getrennt werden können.

Hier könnte etwa an eine Regelung in der Weise gedacht werden, daß ein Verfahrenspfleger in allen Verfahren in allen Stufen beigeordnet wird, aber lediglich als Beobachter. Hielte er dann sein Eingreifen für erforderlich, wegen eines bestehenden oder neu entstandenen Interessenkonfliktes zwischen Eltern und Kind, so könnte er beim Gericht den Antrag stellen, als Verfahrenspfleger des Kindes bestellt zu werden. Damit könnte in den Fällen, in denen - ausnahmsweise - von einer Pflegerbestellung abgesehen werden kann, ein überflüssiger - weil nicht erforderlicher - und damit rechtswidriger Eingriff in das elterliche Sorgerecht vermieden werden.

Durch seine Stellung als Verfahrenspfleger sollten ihm jedoch nicht die Rechte der Eltern als den gesetzlichen Vertretern ihres Kindes zur Wahrnehmung der Rechte und Interessen des Kindes im Verfahren übertragen werden, sondern diese Rechte sollten für ihn neu und selbständig neben den Rechten der Eltern begründet werden, um so diesen nicht die Möglichkeit zu nehmen, sich doch noch der Rechte des Kindes anzunehmen. Es bestünde dann gleichsam dieselbe Situation wie bei der Beschwerdeberechtigung für ein über 14 Jahre altes Kind, dessen Beschwerderecht sowohl von den Eltern als auch vom Kind selbst wahrgenommen werden kann. Mit der Regelung einer beobachtenden Beiordnung eines Verfahrenspflegers in allen Verfahrensstufen könnten auch die Fälle erfaßt werden, in denen während der ersten Stufe der Anhörung die Kindesrechte

nicht gewahrt werden[682].

Als nächstes bleibt zu fragen, wem ein solcher Verfahrenspfleger beigeordnet werden soll: nur den unter 14-jährigen, die nicht verfahrensfähig sind, oder auch älteren Kindern. Gem. § 59 FGG können ja Minderjährige, die das 14. Lebensjahr vollendet haben, selbständig das Beschwerderecht ausüben[683]. Das bedeutet, daß sie auch in allen hier anstehenden Fällen selbst Beschwerde einlegen können, gleichgültig, ob formelle oder matrielle Rechte beeinträchtigt sind. Daraus ergibt sich auch die Befugnis des Minderjährigen, selbständig einen Rechtsanwalt als Verfahrensbevollmächtigten zu bestellen[684].
Damit könnte die Bestellung eines Verfahrenspflegers für diese Minderjährige überflüssig werden. Betrachtet man aber die Einsetzung eines Verfahrenspflegers unter dem - allein zutreffenden - Gesichtspunkt der Hilfe und Unterstützung des Minderjährigen, so kann nicht schlechthin gesagt werden, dieser Aspekt sei nicht mehr relevant wenn der Minderjährige das 14. Lebensjahr vollendet habe. Es ist zwar möglich, daß ein 14-jähriger sehr wohl erkennt, welche Rechte und Pflichten er dann wahrzunehmen hat, die Regel dürfte es aber nicht sein. Wie soll ein 14-jähriger Sonderschüler aus dem ihm zugesandten Beschluß mit Rechtsmittelbelehrung schlau werden? Er wird in aller Regel nicht in der Lage sein, den Sinn der getroffenen Entscheidung zu erfassen, abgesehen davon, daß er meist auch nicht wissen wird, wo und wie - und ev. innerhalb welcher Frist

682) anders dagegen Salgo ZfJ 85, 259 ff. (266), der erst danach nach Ermessen des Gerichts einen Pfleger bestellen will. Damit ist diese Rechtsverletzungsquelle nicht ausgeschaltet, was vor allem in den Fällen wichtig ist, in denen eine Einleitung des Verfahrens abgelehnt wird.
683) dem "praktisch altersunabhängigen Beschwerderecht" wie es Palandt-Diederichsen 4 d vor § 1626 sieht, steht der Wortlaut des § 59 Abs. 3 FGG entgegen.
684) BayObLG DAVorm 84, 931.

- er was tun muß, um seine Rechte zu wahren, falls es überhaupt erkennen kann, daß sie verletzt sind. Die Auffassung, daß mit Vollendung eines bestimmten Alters auch die Fähigkeit vorhanden ist, prozessuale Befugnisse selbständig und zweckentsprechend auszuüben, ist völlig unrealistisch[685], und in dieser Absolutheit gerade für das vormundschaftsgerichtliche Verfahren abzulehnen.

Daraus geht klar hervor, daß auch für Minderjährige, die das 14. Lebensjahr vollendet haben, ein Verfahrenspfleger nicht überflüssig ist. Vielmehr wäre auch hier so zu verfahren, daß der Pfleger zuerst als "Beobachter" dem Verfahren beiwohnt, und er, wenn ersichtlich wird, daß der Minderjährige seine Rechte selbständig nicht sinnvoll ausüben kann und die Eltern wegen eines Interessenkonflikts dazu auch nicht willig oder in der Lage sind, vom Gericht als Verfahrenspfleger eingesetzt wird, der dann die Rechte des Kindes aus § 59 FGG wahrnimmt.
Diese Vorgehensweise macht jedoch eine Änderung von § 59 FGG erforderlich: Es muß klargestellt werden, daß bei mangelnder Interessenwahrung des Kindes durch die Eltern ein Verfahrenspfleger neben den Eltern die Rechte des Kindes im Verfahren wahrnehmen kann, und daß die Bestellung eines Verfahrenspflegers auch für verfahrensfähige Minderjährige zulässig ist. Vorgeschlagen wird daher folgende Fassung des § 59 Abs. 3 FGG:

> Für Personen, die geschäftsunfähig sind oder nicht das 14. Lebensjahr vollendet haben, nimmt diese Rechte ein Verfahrenspfleger wahr, sofern die Eltern dazu nicht willens oder in der Lage sind. Dasselbe gilt, wenn für einen älteren Minderjährigen ein Verfahrenspfleger bestellt wurde. Von der Bestellung eines Verfahrenspflegers kann im Einzelfall Abstand genommen werden.

685) so auch Frommann S. 145.

Aus dem bisher gesagten geht jedoch noch nicht hervor, wer Verfahrenspfleger sein soll bzw. kann. Es wurde bislang lediglich klar, daß die Personen, die bislang am Verfahren beteiligt sind, als Verfahrenspfleger nicht in Frage kommen[686].

Zudem sollte darauf geachtet werden, daß der Verfahrenspfleger die erforderlichen juristischen Qualifikationen besitzt, um die Rechte des Kindes im Verfahren auch richtig und zweckmäßig wahren zu können. Auch sollte er fähig sein, mit dem Kind ins Gespräch zu kommen, um auch aus psychologischer Sicht das "Wohl des Kindes" ermitteln zu können[687]. Eine Kombination aus Rechtsanwalt und Psychologe wäre somit die ideale Mischung[688], wenngleich sich diese Kombination in einer Person äußerst selten finden lassen wird. Aus diesem Grunde wurde vom Deutschen Kinderschutzbund ein interdisziplinäres Team als "Anwalt des Kindes" vorgeschlagen, bestehend aus Juristen, Psychologen, diplomierten Heilpädagogen oder gleichwertigen Mitarbeitern aus dem Sozialwesen, Pädiatern und einer Sekretärin[689]. Damit ist eine fehlende Qualifikation auf alle Fälle ausgeschlossen, jedoch wird durch ein Team eine "behördenähnliche" Stellung geschaffen, die bei ihrer Klientel auch eine Art Schwellenangst hervorrufen kann[690]. Vorzuziehen wäre deshalb die Vereinigung von allen Qualifikationen in einer Person, die in der Person eines "Fachanwaltes für Familienrecht" vorstellbar wäre. An die Einführung eines in dieser Weise spezialisierten

686) Frommann S. 147.
687) Frommann S. 148 f.; Salgo ZfJ 85, 259 ff. (267 f.); van Els ZfJ 84, 509 ff. (511).
688) van Els ZfJ 84, 509 ff. (511); Lempp, Blätter der Wohlfahrtspflege 83, 16 ff. (17).
689) vgl. dazu Protokolldienst der ev. Akademie Bad Boll 1983 (14) S. 93 ff.: Konzeptbeschreibung des Modells "Anwalt des Kindes" des Deutschen Kinderschutzbundes.
690) van Els ZfJ 84, 509 ff. (511); ablehnend zu Behördeneinrichtungen auch Puls S. 21.

Fachanwaltes sollte deshalb ernsthaft gedacht werden[691].

## 4. Kindgerechte Verfahrensgestaltung

Bei der Betrachtung des Verfahrensablaufes vor dem Vormundschaftsgericht stellt sich schließlich noch die Frage, ob dieses kindgerecht gestaltet ist. Dabei steht im Vordergrund die Überlegung, ob eine Verfahrensdauer von nahezu einem Jahr[692] für ein Kind noch zumutbar ist. Es ist nicht zu verkennen, daß die lange Zeitdauer bis zum Abschluß des Verfahrens durch außergerichtliche Zwänge verursacht wird, etwa durch ein Warten auf JA-Berichte, Sachverständigengutachten, Vernehmungen in Amtshilfe[693] etc. Jedoch führt die lange Zeit des schwebenden Verfahrens zu einer schweren Belastung der Betroffenen durch die Unsicherheit über die Weiterentwicklung ihres Schicksals. Für den kindlichen Zeitbegriff, der ein anderer ist als der Zeitbegriff der Erwachsenen, bedeutet eine Schwebezeit von einem Jahr eine fast unüberschaubar lange Zeit, die für ein Kind eben nicht nur eine Zwischenlösung, sondern endgültige Tatsachen schaffen kann.

Dasselbe Problem wirft auch die "einstweilige Anordnung"

691) auch Salgo ZfJ 85, 259 ff. (269) hält wohl diese Lösung für passend, wenn auch "kaum realisierbar".
692) s. dazu Simitis et. al. S. 63 ff., zwar für die Zeit vor 1980, jedoch dürfte hier keine wesentliche Verbesserung eingetreten sein.
693) Zenz, Kindesmißhandlung, S. 424.

auf[694], die zwar keine endgültige Regelung treffen will und kann, dies aber faktisch doch schafft, da z.B. eine "vorläufige" Heimunterbringung von einjähriger Dauer die Frage aufwirft, ob es zu verantworten ist, das Kind dort wieder wegzunehmen, wenn es sich gut eingelebt hat. Die Einbringung des kindlichen Zeitbegriffes in das Verfahren, eine Beschleunigung des Ablaufs in der Hauptsache, um so eine rasche Überprüfung und eventuell notwendige Revidierung von einstweiligen Anordnungen zu ermöglichen, ist deshalb dringend geboten[695].

Aufgrund der Arbeitsbelastung der Vormundschaftsgerichte scheint dies jedoch nur durch eine Vermehrung der entscheidenden und beratenden Stellen gewährleistet werden zu können, da auch die vorgeschlagege Regelung in § 52 Abs. 2 FGG-Entwurf, nach einer einstweiligen Anordnung "alsbald das Verfahren einzuleiten" bei der derzeitigen Praxis daraufhinausliefe, den frühest möglichen Termin wahrzunehmen. Damit ist aber noch keine Gewähr geboten, daß JA-Berichte oder Sachverständigengutachten schneller eingehen und das Verfahren zügiger beendet wird.

Solange an allen Stellen, die mit vormundschaftsgerichtlichen Verfahren befaßt sind, aufgrund der Belastung der Mitarbeiter eine dringende Aufgabe nicht sofort, sondern erst nach einiger Zeit erledigt werden kann, erscheint die angebrachte und berechtigte Forderung nach einer Verfahrensbeschleunigung vergeblich.

694) Über deren Zulässigkeit keinerlei Streit besteht, Keidel/Kuntze/Winkler § 19, 25 f.

695) vgl. zu dieser Problematik auch Goldstein/Freud/Solnit, Jenseits; Simitis in FS für Müller-Freienfels S. 579 ff. (615 f.); vgl. auch Coester S. 370, der den Zwiespalt zwischen einer dem Kindeswohl abträglichen langen Verfahrensdauer und einer umfassenden Sachaufklärung sieht.

**Exkurs: Kompetenzstreit Familiengericht - Vormundschaftsgericht**

Im Zusammenhang mit einer notwendigen Verfahrensbeschleunigung und der erforderlichen Richterqualifikation in außerjuristischen Bereichen steht auch die Problematik des Kompetenzkonfliktes zwischen Vormundschaftsgericht und Familiengericht und der damit verbundenen, öfters erhobenen Forderung nach einem Ausbau der Familiengerichte[696]. Ohne hier näher auf die Einzelheiten einzugehen kann doch gesagt werden, daß die Kompetenzkonflikte von Vormundschaftsgericht und Familiengericht problematisch und unbefriedigend[697] und de lege lata nicht zu lösen sind. Es liegt daher nahe, an das Versprechen zu erinnern, daß bei der Schaffung dieser Regelungen gegeben wurde: Nach einer Übergangszeit sollte die Zuständigkeit des Familiengerichts erweitert werden, sobald Erfahrungen einer mehrjährigen Praxis vorlägen[698]. Und zwar sollte der unbefriedigende Zustand durch eine Konzentration aller Vormundschaftssachen beim Familienrichter recht bald überwunden werden[699]. Dieses Versprechen einzulösen, sollte angesichts der herrschenden Problemlage nicht vergessen oder auf die lange Bank geschoben werden[700].

Die Konzentration aller Vormundschafsachen beim Familiengericht hätte den Vorteil, daß jeweils nur ein Gericht mit

696) Giesen S. 53 empfiehlt z.B. auf Halbheiten zu verzichten und zu warten, bis die Zeit reif ist für eine Großreform. Für Kompetenzerweiterung Salgo FamRZ 84, 221 ff.; Bosch FamRZ 80, 1 ff.; Schlüter/König FamRZ 82, 1159 ff.; jeweils mwN.

697) so schon BT-Rechtsausschuß in BT-Drucksache 8/2788 S. 52; BGH FamRZ 83, 1103; und alle in FN 696 genannten.

698) BT-Drucksache 8/2788 S. 52.

699) BT-Drucksache 7/4361 S. 60 (im Jahre 1975!).

700) gleichwohl die Befürchtung dazu nahe liegt, vgl. Eröffnungsreferat zum 5. DFGT: die Zeit sei für so tiefgreifende Korrekturen noch nicht reif!

dem entsprechenden Sachverhalt befaßt ist und somit eine einmalige Sachverhaltsermittlung ausreichend ist. Dies ist zwar auch heute schon über die Regelung des Geschäftsverteilungsplanes möglich beim Gericht erster Instanz, wenn dem dortigen Familienrichter gem. § 23 b Abs. 2 S. 1 GVG gleichzeitig auch die Vormundschaftssachen zugewiesen werden, solange dies jedoch keine obligatorische Regelung ist, kann der Konfliktfall bzgl. der Kompetenz immer wieder auftreten.

Mit der Zuweisung der Vormundschaftssachen an den Familienrichter könnte zudem die Fort-, Aus- und Weiterbildung der Richter im psychologischen Bereich auf die Familienrichter begrenzt werden, die Ausweitung des Personenkreises auf die Vormundschaftsrichter wäre nicht erforderlich.

Außerdem wäre somit die gerügte[701] Tatsache, daß Vormundschaftsrichter keine Berufserfahrung besitzen müssen, sondern auch Richter auf Probe zu Vormundschaftsrichtern ernannt werden können (nicht aber zu Familienrichtern, § 23 b Abs. 3 GVG!) beseitigt.

Somit spricht eigentlich alles für und nichts gegen die Erweiterung des Kompetenzbereiches des Familiengerichts. Solange jedoch der Gesetzgeber eine solche Regelung noch nicht getroffen hat, muß es bei der bestehenden - unbefriedigenden - Regelung bleiben, denn "der Richter darf sich ... nicht schon dann über eine gesetzliche Regelung hinwegsetzen, wenn sie ihm reformbedürftig erscheint"[702]. Aus diesen Gründen scheidet auch eine richterliche Rechtsfortbildung in Form der Erweiterung der Kompetenz des Familiengerichts "kraft Sachzusammenhangs"[703] aus[704].

701) z.B. von Salgo ZfJ 84, 221 ff. (227) mwN.
702) BGH FamRZ 83, 1104.
703) so OLG Köln FamRZ 80, 401 und Hamm FamRZ 80, 401.
704) so auch Schlüter/König FamRZ 82, 1162.

Solange jedoch der Gesetzgeber die Zeit für noch nicht reif genug ansieht, eine Neuregelung zu erlassen, sollte verstärkt darauf hingewirkt werden, von der Regelung des § 23 b Abs. 2 S. 1 GVG Gebrauch zu machen, sei es durch Empfehlungen der zuständigen Stellen, den Geschäftsverteilungsplan so einzuteilen oder durch die Umformulierung des § 23 Abs. 2 S. 1 GVG von einer "Soll" in eine "Muß" Vorschrift.

## C. Phase III: Festsetzung der Rechtsfolgen und deren Durchführung

Nachdem im vorangehenden Kapitel der Gang des Verfahrens vor dem Vormundschaftsgericht aufgezeigt, die Probleme und Verbesserungsmöglichkeiten dargelegt wurden, soll im folgenden Kapitel der Ablauf des Geschehens ab dem Zeitpunkt der Festsetzung der Rechtsfolgen durch den Richter untersucht und eventuell vorhandene Problembereiche dargelegt werden.

Gem. § 1666 Abs. 1 BGB hat "das Vormundschaftsgericht ... die zur Abwendung der Gefahr erforderlichen Maßnahmen zu treffen". Damit ist dem Richter eine umfassende Kompetenz gegeben, alle im Einzelfall als erforderlich erkannten Maßnahmen zu ergreifen.

In den anderen vom Vormundschaftsgericht zu entscheidenden Fällen der §§ 1631 a Abs. 2, 1632 Abs. 4 BGB ist die Kompetenz des Vormundschaftsgerichtes nicht so weit ge-

faßt, da es in diesen Fällen einen konkreten Streit oder eine konkrete Meinungsverschiedenheit entscheiden soll. Während es bei den Sondertatbeständen der Kindeswohlgefährdung außerhalb des § 1666 BGB idR um eine konkrete Entscheidung der Eltern geht, die bzgl. ihrer Aufrechterhaltung oder Durchsetzung in Frage steht, geht es bei § 1666 BGB meist um einen äußerst komplexen Sachverhalt. Der Kreis der zulässigen Maßnahmen muß damit bei § 1666 BGB erheblich weiter gefaßt werden, als bei den einfacher gelagerten Sondertatbeständen. So reicht die Palette der "erforderlichen" Maßnahmen" von Vorladungen, Ermahnungen, Verwarnungen und Geboten über Verbote und Ordnungsstrafen bis zum Entzug des Sorgerechts für einzelne Angelegenheiten oder gar - unter den Voraussetzungen des § 1666 a Abs. 2 BGB - Entzug der gesamten Personensorge[705]. Uneinigkeit herrscht dabei in Literatur und Rechtsprechung bei der Frage, ob Maßnahmen, die den Eltern eine bestimmte Lebensführung gebieten, zulässig sein sollen[706]. Diese Frage ist jedoch vom Aspekt des Kindeswohls dahingehend zu entscheiden, daß Art. 6 GG eine pflichtgebundene Ausübung des Elternrechtes fordert, d.h. eine Verhaltensweise untersagt, die das Kindeswohl gefährden könnte, und deshalb auch eine Möglichkeit vorhanden sein muß, diesen Rechtsanspruch des Kindes gegen die Eltern durchsetzen zu können und den Eltern eine andere Verhaltensweise zu gebieten. Die Maßregeln, die der Richter aufgrund von § 1666 BGB anordnen kann, sind daher grundsätzlich nur den Beschränkungen des Art. 6 Abs. 2 GG und den Beschränkungen des § 1666 a BGB unterworfen[707].

705) Palandt-Diederichsen § 1666, 5; Erman-Ronke § 1666, 20; Zenz, Kindesmißhandlung, S. 353 f.

706) unzulässig: Gernhuber, Familienrecht, § 49 VIII 5; Staudinger-Göppinger § 1666, 243; zulässig: LG München II ZfJ 68, 87; Soergel-Lange § 1666, 31; Hamm JMBlNRW 62, 243; BayObLG ZfJ 69, 131 und aus neuester Zeit VG Oldenburg ZfJ 83, 37 f.; VGH Hessen FEVS 33, 15 ff.

707) auch hier ist wiederum die für diese Arbeit vorgegebene Prämisse zu beachten, daß es sich stets um solche Fälle handelt, in denen die Eltern ihren Kindern entweder gleichgültig oder ablehnend gegenüberstehen, womit die Prioritätsregeltung der elterlichen Gefahrenabwehr nicht gegeben ist, da dann die Eltern weder willig noch in der Lage sind, die Gefahr abzuwehren.

1. Bindung des Richters an das Verhältnismäßigkeitsprinzip

Durch die Beschränkung des § 1666 a BGB wird der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit ausdrücklich festgeschrieben. Dies bedeutet im einzelnen, daß staatliche Hilfen Priorität vor staatlichen Eingriffen haben[708], daß also "Maßnahmen, die der Abwehr der Gefährdung des Kindeswohls dienen ohne jedoch mit Eingriffen in die elterliche Erziehungsverantwortung verbunden zu sein"[709], primär anzuwenden sind. Da diese staatlichen Hilfen idR jedoch nur auf Antrag oder zumindest mit dem Einverständnis der Eltern erbracht werden können, scheidet für den Großteil der hier in Betracht kommenden Fälle eine öffentliche Hilfe aus, da entweder von den Eltern kein Antrag gestellt oder die Zustimmung zur Hilfe verweigert wird.
Eine staatliche Hilfe kann diesen Kindern allenfalls in der Weise gewährt werden, daß über § 1666 Abs. 1 BGB in das Elternrecht eingegriffen wird und durch Bestellung eines Pflegers mit einem entsprechenden Wirkungskreis die Indifferenz oder Ablehnung der Eltern unwirksam und durch die Zustimmung oder den Antrag des Pflegers ersetzt und somit die Hilfe möglich wird.

Diese Vorgehensweise zur Ermöglichung von Hilfen des JWG

708) Palandt-Diederichsen § 1666 a, 2; Wiesner ZfJ 81, 509 ff. (511); Zenz, Kindesmißhandlung, S. 357; MünchKomm-Ergänzungaband § 1666 a, 2; Diederichsen NJW 80, 1 ff. (7).
709) Wiesner ZfJ 81, 509 ff. (511).

widerspricht zwar dem Grundsatz der Freiwilligkeit der Jugendhilfemaßnahmen, wie er in § 1 JWG normiert ist, an sich, doch ist § 1666 BGB auch dazu geeignet, die für das Kind schädliche Verweigerung der Zustimmung zu einer Hilfe oder den fehlenden Antrag auf eine Hilfe aus dem Weg zu räumen und durch einen Pfleger erteilen zu lassen. Die Frage nach der Vereinbarkeit mit dem Wesen der Jugendhilfeleistungen und ob diese dann noch erfolgversprechend sein können, ist dabei - wie auch schon oben - nicht einheitlich zu beantworten. Als unvereinbar mit dem Wesen der angeordneten Jugendhilfeleistung und damit als unzulässig ist eine solche Vorgehensweise dann anzusehen, wenn der Erfolg der Jugendhilfeleistung auch auf der Zustimmung oder gar auf der aktiven Mitwirkung der Eltern beruht[710]. Denn dann benötigt die Hilfeleistung die Unterstützung und Mitarbeit der Eltern, um erfolgversprechend angewandt werden zu können. Diese erforderliche Unterstützung und Mitarbeit der Eltern kann durch den Pfleger nicht ersetzt werden, solche Hilfeleistungen können also über diesen Weg nicht angeordnet werden.

Anders fällt die Beurteilung aus, wenn zu einer Hilfeleistung zwar die Zustimmung oder ein Antrag der Eltern erforderlich ist, jedoch keine aktive Mitarbeit oder positive Einstellung der Eltern zur erfolgversprechenden Druchführung gefordert ist. Das wird dann der Fall sein, wenn der Minderjährige entweder ganz von seinen Eltern getrennt wird[711], oder die Hilfe derart ist, daß sie keiner positiven Unterstützung bedarf[712]. Solche Hilfeleistungen können über den Weg einer Pflegerbestellung angeordnet werden, ohne Umgehung von Verfahrensgarantien

710) s. dazu auch die Ausführungen oben bzgl. Erziehungsbeistandschaft.

711) so z.B. bei einer Heimeinweisung, deshalb ist in dieser Hinsicht auch der Entscheidung BGH NJW 79, 813 zu folgen.

712) z.B. Hausaufgabenbetreuung oder Besuch einer Jugendgruppe.

ihren Erfolgsaussichten zu erfahren.

Weiter bedeutet der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz, daß bei Maßnahmen, die mit Eingriffen ins elterliche Sorgerecht verbunden sind, das mildeste Mittel zu wählen ist[713]. So ist es unzulässig das gesamte Personensorgerecht zu entziehen, wenn ein Teilentzug ausreichend ist, die Gefährdung abzuwenden, und auch ein Teilentzug kann nicht zugelassen werden, wenn der Entzug nur hinsichtlich einer einzelnen Angelegenheiten erforderlich und ausreichend ist. Dann ist die elterliche Sorge nur für diese einzelne Angelegenheit zu entziehen.

## 2. "Anordnungskompetenz" des Vormundschaftsgerichts

Fraglich ist nun freilich, welche Konsequenzen aus dieser "Stufenfolge der Maßnahmen" zu ziehen sind. Bedeutet dies, daß der Vormundschaftsrichter verstärkt alle Möglichkeiten der Gefahrenabwehr zu prüfen hat und bei Eignung einer staatlichen Hilfeleistung die Zustimmung der Eltern ersetzen und die Hilfe anordnen kann bzw. einen Pfleger bestellen und diesem aufgeben kann, welchen Hilfeantrag er stellen soll, oder ist der Vormundschaftsrichter darauf beschränkt, einen Pfleger zu bestellen ohne ihm aufgeben zu können, welche Maßnahmen er zu ergreifen hat?
Sinnvoll wäre eine Anordnungskompetenz des Vormundschaftsgerichtes nur, wenn es damit auch gleichzeitig die Lei-

713) Wiesner ZfJ 81, 509 ff. (512); Palandt-Diederichsen § 1666, 5.

stungsträger verpflichten könnte, der Anordnung Folge zu leisten. Nur unter diesem Aspekt, also der Anordnungskompetenz mit daraus folgender unmittelbarer Leistungsverpflichtung des Leistungsträgers, soll dieses Problem hier erörtert werden.

Problematisch wird dies vor allem dann, wenn als potentielle Abhilfemaßnahme nicht nur Leistungen der Jugendhilfe, sondern auch Leistungen anderer öffentlicher Leistungsträger (z.B. Gesundheitsamt, Wohnungsamt, Sozialamt, Schulverwaltung) in Frage kommen.

Als Prämisse ist bei der Beantwortung der Frage, ob durch die Anordnung der Vormundschaftsgerichts eine Leistungsverpflichtung der Verwaltung entsteht, die Tatsache anzusehen, daß das Kind nur zu seinem Recht auf Schutz vor Gefährdungen kommen kann, wenn ihm Hilfe geleistet wird. Das bedeutet, daß ein Handeln veranlaßt werden soll, das diese Hilfe anbietet, und dessen Legitimität zuvor geprüft wurde[714]. Insoweit ist die Tätigkeit des Vormundschaftsrichters als "materielle Verwaltung" anzusehen[715], die den Gedanken nahelegt, in die richterliche Kompetenz nach §§ 1666, 1666 a BGB auch die Anordnung der konkreten Hilfe, die durch den Pfleger ermöglicht und dann von der Verwaltung geleistet werden soll, einzugliedern. Auch die Existenz des § 48 c JWG weist in diese Richtung:
Dort kann das Vormundschaftsgericht das JA zur Leistung bestimmter Hilfen anweisen. Zu beachten ist jedoch, daß in § 48 c JWG § 1666 BGB nicht erwähnt wird, also eine Anweisung des Vormundschaftsgerichtes an das JA in diesen Fällen nicht möglich ist. Es könnte zwar sein, daß dieser Regelungskomplex zufriedenstellend gelöst worden wäre, wenn - wie geplant - zur Neuregelung des Rechts der elter-

714) Zenz, Kindesmißhandlung, S. 351/352.
715) Zenz, Kindesmißhandlung, S. 352; Alternativkommentar-Münder § 1666 a, 2, 8.

lichen Sorge auch noch ein Jugendhilfegesetz ergangen wäre, und die derzeit bestehende unbefriedigende Situation (ebenso wie das Nebeneinander von §§ 1666, 1666 a BGB und §§ 64 ff. JWG) somit nur durch das Scheitern des Jugendhilfegesetzes bedingt ist, doch nützt diese Spekulation bei der Situation de lege lata nichts, zumal auch in nächster Zeit nicht mit einem Jugendhilfegesetz, sondern allenfalls mit einer äußerst skeptisch beurteilten[716] Änderung des JWG zu rechnen ist.

Gegen ein analoge Anwendung von § 48 c JWG für die Fälle des § 1666 BGB sprechen aber vor allem zwei Gründe: Zum einen erscheint eine Analogie entgegen dem ausdrücklichen Wortlaut des Gesetzes äußerst fragwürdig[717] und zum zweiten ist auch in Bereich des Kindesschutzes die Gewaltenteilung zu beachten. "Allein die Charakterisierung der freiwilligen Gerichtsbarkeit als "materielle Verwaltung" legitimiert diese nicht zum Eingriff in Kompetenzen, die kraft Gesetzes anderen Instanzen, insbesondere Trägern öffentlicher Verwaltung, obliegen. Auch als materielle Verwaltung gehört die freiwillige Gerichtsbarkeit zur rechtsprechenden Gewalt. Verwaltungsbehörden sind dem Vormundschaftsgericht auch nicht in der Weise nachgeordnet, daß diesen (d.h. den Vormundschaftsgerichten) ein Anordnungsrecht bezüglich des Inhalts der zu treffenden Entscheidung zustehen könnte"[718].
Eine Kompetenzerweiterung des Vormundschaftsgerichtes hät-

716) AFET, Mitgliederrundbrief 84, 53 ff.; AGJ, Forum Jugendhilfe 84, Heft 4 S. 28; Wendt ZfF 85, 53 ff.; Späth, UJ 85, 11 ff.; Deutscher Verein NDV 85, 35; Caritas Verband JuWo 85, 58; BAG LJÄ ZfSH 85, 287.
717) auch Wiesner ZfJ 81, 509 ff. (513) sieht in der Existenz des § 48 c JWG keinen Beleg für eine Befugnis des Vormundschaftsgerichts, die Verwaltung anzuweisen, da für die dort geregelte Amtshilfe die Anordnungskompetenz gegenüber einem Dritten Voraussetzung sei.
718) Wiesner ZfJ 81, 509 ff. (513).

te also zwangsläufig einen Eingriff in die Aufgaben der Verwaltungsbehörden zur Folge, die auch Auswirkungen auf die kommunale Selbstverwaltung hätte, da wichtige Sozialleistungen im eigenen Wirkungskreis der Kreise und Kommunen ausgeführt werden. Zwar ist der Aufgabenbereich der Gemeinde - trotz Art. 28 GG - der Regelung durch den staatlichen Gesetzgeber beschränkt zugänglich, doch lassen weder Wortlaut der §§ 1666, 1666 a BGB noch die Ausführungen im Abschlußbericht den Schluß zu, daß eine solche Regelung bezweckt wurde[719].

Die Unabhängigkeit der Gewalten voneinander verbietet es also, dem Vormundschaftsgericht die Kompetenz zuzusprechen, Verwaltungsbehörden (auch das JA, außer in den gesetzlich ausdrücklich vorgesehenen Fällen) anzuweisen, in einer bestimmten Weise tätig zu werden[720].

Dieses Ergebnis kann auch nicht durch die Feststellung in Frage gestellt werden, daß der Schutz des Kindes vor Gefährdungen nicht leer laufen dürfe, was aber möglich wäre, wenn eine bestimmte Hilfeart nicht in der Weise angeordnet werden könne, daß eine Leistungsverpflichtung des Leistungsträgers entsteht. Denn das Problem des "Leerlaufens" des Kindesschutzes scheint auch auf andere Weise lösbar:
Zum einen kann (und muß) der gegenständliche Wirkungskreis des Pflegers derart beschränkt werden, daß ihm nur die Möglichkeit bleibt, die vom Gericht ins Auge gefaßte Hilfemaßnahme zu realisieren.
Zum zweiten ist zumindest das JA ohnehin verpflichtet, die notwendigen und erforderlichen Maßnahmen zu gewähren (§§ 4 ff. JWG). Wird vom Gericht eine bestimmte Maßnahme als

719) Wiesner ZfJ 81, 509 ff. (514).
720) ebenso: Wiesner ZfJ 81, 509 ff. (514); a.A. Zenz, Kindesmißhandlung, S. 345, 362 f.; Alternativkommentar-Münder § 1666 a, 8; Münder NP 84, 349 ff. (355).

erforderlich und geeignet zur Abwendung der Kindeswohlgefährdung angesehen, so kann auch das JA sich dieser Einsicht nicht verschließen, zumal es kaum "aufgrund besserer Sachkenntnis" zu einem anderen Ergebnis gelangen kann, wenn vom Vormundschaftsgericht zuvor eine umfassende Sachaufklärung unter Einbeziehung des JAes vorgenommen wurde.

Dies trifft zwar in dieser Weise nur für das JA, nicht aber für andere Leistungsträger zu, so daß z.B. beim Erfordernis einer Familienhilfe nur die Möglichkeit bleibt, dem Pfleger einen derart eingeschränkten Wirkungskreis zu übertragen, daß die einzige mögliche Handlung für ihn die Beantragung einer solchen Hilfe ist. Dieses Ergebnis muß aber mit Rücksicht auf die in Art. 20 GG verankerte Gewaltenteilung hingenommen werden.

Allenfalls kann verstärkt von der Möglichkeit Gebrauch gemacht werden, den Gesetzgeber auf seine in § 1666 a BGB geschaffene Verpflichtung zu einer aktiven Familienpolitik[721)] hinzuweisen und ihn aufzufordern, vermehrt angemessene Anspruchsgrundlagen - die dann eine Leistungsverpflichtung der Leistungsträger schaffen würden - für derartige familienunterstützende Hilfen zu schaffen. Solange aber keine solchen Anspruchsgrundlagen vorhanden sind, liegt die Gewährung von Hilfen im Ermessen der Behörden. Dabei kann dann dieselbe Situation entstehen wie derzeit im Bereich der Jugendhilfeleistungen, wo die Schaffung spezialisierter Hilfen und Einrichtungen in den Bereich der §§ 5, 6 JWG und damit in das - vor allem finanzielle - Ermessen des JAes gestellt ist. Dies kann dazu führen, daß eine spezielle Jugendhilfeleistung erforderlich und notwendig ist, sie aber im Einzelfall nicht zur Verfügung steht, da das JA trotz § 6 Abs. 1 JWG wegen fehlender personeller und finanzieller Ausstattung die entsprechen-

721) Palandt-Diederichsen § 1666 a, 2.

den Einrichtungen nicht geschaffen hatte.

Dem Vormundschaftsrichter bleibt dann oftmals nur die Wahl, entweder einen Eingriff zu unterlassen oder aber eine Trennung des Kindes von seiner Familie und eine Heimunterbringung anzuordnen, weil ambulante Hilfen, die ausreichend wären, nicht verfügbar sind. Es stellt sich dann die Frage, ob die Handlungsanweisung in § 1666 BGB so aufzufassen ist, daß in jedem Fall für Gefahrenabwehr zu sorgen ist, auch unter Verletzung des Verhältnismäßigkeitsprinzips, oder ob bei Fehlen der ausreichenden und geeigneten Maßnahmen ein Eingriff zu unterbleiben hat.

Dabei kann jedoch keine dieser beiden Alternativen als vollkommen richtig angesehen werden:
Die erste Möglichkeit verstößt ersichtlich gegen den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit, während die zweite Möglichkeit mit dem Grundsatz der notwendigen Gefahrenabwehr für das Kind kollidiert.

Wenn erkannt wird, daß eine Unterbringung in einem Spezialheim erforderlich ist, kann zwar eine Trennung bzw. eine Unterbringung in einem nicht spezialisierten Heim auch geeignet sein, die Gefahr für das Kindeswohl abzuwenden, aber das Gebot des mildesten Mittels wird dadurch nicht mehr gewahrt. Ebenso wird bei einem Absehen von einer Trennung des Kindes von seiner Familie der Anspruch des Kindes auf Schutz vor Gefährdungen vernachlässigt.
In der Praxis wird dann meistens so verfahren, daß dasjenige Mittel als erforderlich und geeignet angesehen wird, das momentan real verfügbar ist. Damit wird die Subsumtion unter das Merkmal "erforderliche Maßnahme" wesentlich von den hic et nunc gegebenen Mitteln bestimmt[722]. Es ist

722) Zenz, Kindesmißhandlung, S. 371 ff.; Wiesner ZfJ 81, 509 ff. (517). Dies beklagt auch Barth ZfJ 86, 236 ff. (245).

zwar zuzugestehen, daß die Forderung nach der geeigneten Maßnahme nicht eine Forderung nach idealer Eignung, wie sie sich aus einer Kombination derjenigen Mittel und Methoden ergibt, die nach dem neuesten Stand der wissenschaftlichen Erkenntnis den besten und schnellsten Erfolg versprechen, sein kann. Es sollte aber doch eine gewisse Erfolgswahrscheinlichkeit und ein Überwiegen der positiven Einflüsse gegeben sein, und nicht jede beliebige Maßnahme, die gerade zur Verfügung steht, Anwendung finden.

Eine Maßnahme kann solange noch als "geeignet" angesehen werden, als bei einer Abwägung der Vor- und Nachteile zwischen Maßnahme und Absehen vom Ergreifen einer Maßnahme die Vorteile bei der Durchführung der Maßnahme liegen. Dies ist auch gemeint, wenn Goldstein et. al.[723] eine Maßnahme zur Beseitigung der "Kindeswohlgefährdung" als illusorisch ansehen und nur jeweils "die am wenigsten schädliche Alternative" durchgeführt wissen wollen. In diesem Sinne nur kann auch die Aussage verstanden werden, daß "das staatliche Wächteramt (nicht) zu ungeeigneten Maßnahmen (legitimiert)"[724]. Dies kann dann zwar dazu führen, daß das Verhältnismäßigkeitsgebot als Forderung nach dem mildesten Mittel übertreten wird, es wird dann aber trotzdem noch das "verhältnismäßig beste" für das Kind getan, was vom Gesichtspunkt des Kindesschutzes auch wichtiger ist, als die Wahrung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes unter allen Umständen.

Deshalb ist die Handlungsanweisung des § 1666 BGB nach der "erforderlichen Maßnahme" dahingehend zu verstehen, daß bei festgestellter Gefährdung diejenige Maßnahme ergriffen werden soll bzw. auf ihre Ergreifung hingewirkt werden soll, die noch nach Abwägung aller Vor- und Nachteile und

723) in "Jenseits des Kindeswohls".
724) so Wiesner ZfJ 81, 509 ff. (517).

auch nach Abwägung mit der Alternative eines Absehens von einem Eingriff die am wenigsten schädliche Alternative für das Kind darstellt. Sollte ein Verzicht auf eine staatliche Intervention geeigneter sein als ein Eingriff in das elterliche Sorgerecht, der das Verhältnismäßigkeitsprinzip nicht wahrt, d.h. sollte ein Verzicht auf eine Maßnahme für das Kind weniger schädlich sein, so sollte dies offengelegt werden.
Eine Offenlegung müßte dann in der Weise erfolgen, daß die Gefährdung deutlich aufgezeigt wird, aber - mangels geeigneter Maßnahme - von einem Eingriff derzeit abgesehen wird, "weil eben die erforderlichen Maßnahmen nicht realisierbar, und die realisierbaren nicht erforderlich" genannt werden können[725]. Ein Vorgehen, bei dem in diesen Fällen eine Gefährdung des Kindeswohls "heruntergespielt" und verneint wird, kann dagegen nicht zugelassen werden, weil dies nicht den objektiv festgestellten Tatsachen entspricht und dem Kindesschutz entgegensteht.

Damit könnte auch noch erreicht werden, daß ein verstärktes Problembewußtsein in der allgemeinen Öffentlichkeit und bei den betroffenen Verwaltungsstellen geschaffen wird, das letztlich dazu führen könnte, verstärkt spezifische Hilfemaßnahmen zur Verfügung zu stellen[726].

Zum zweiten könnte damit erreicht werden, daß das Gericht über § 1696 Abs. 3 BGB verpflichtet wird, die Maßnahme eines "Verzichts auf eine Maßnahme" in angemessenen Zeitabständen zu überprüfen, und bei einer Änderung in der Positiv-Negativ-Abwägung zwischen Eingriff oder Unterlassen des Eingriffs eine Abänderung der Entscheidung vorzunehmen[727]. So wäre das Kind vor seinen Eltern geschütz-

725) Zenz, Kindesmißhandlung, S. 373.
726) Zenz, Kindesmißhandlung, S. 373.
727) dies trifft sich mit der Argumentation des OLG Karlsruhe, ZfJ 82, 246: Änderungsentscheidung nicht schon

ter, weil diese sich, da sie sich einer regelmäßigen Überprüfung ihres Erziehungsverhaltens bewußt sind, zumindest nicht gefährdender dem Kind gegenüber verhalten können als bisher.

## Zusammenfassung

Nach eingehender Betrachtung des Ablaufs des vormundschaftsgerichtlichen Verfahrens sind zum besseren Schutz des Kindes vor Gefährdungen seines Wohls folgende Forderungen anzubringen:

1. Es ist eine Bewußtseinsänderung und -erweiterung ist vor allem in den Bereichen der psychischen Kindeswohlgefährdung, deren Auftreten, Ausmaß und Abhilfemöglichkeiten erforderlich. Dazu sollen Maßnahmen eingeleitet werden, die geeignet sind, eine derartige Bewußtseinsänderung bei der Bevölkerung herbeizuführen.

2. Das JA sollte einen Fall sofort an das Vormundschaftsgericht abgeben, wenn erkennbar ist, daß eine anhaltende und erfolgversprechende Zusammenarbeit mit den Eltern nicht möglich ist.

3. Bei der Sachverhaltsermittlung durch das Vormundschaftsgericht sollen stets auch Personen aus dem sozialen Umfeld des Kindes gehört werden.

dann, "wenn Gründe (§§ 1666 ff.) weggefallen sind, ... eine Änderungsentscheidung ist vielmehr nur dann zulässig, wenn eine zuversichtliche Gewähr dafür besteht, daß sie auch aus anderen Gründen nicht zu einer Kindeswohlgefährdung führen wird".

4. Bei einem Verfahren wegen Kindeswohlgefährdung soll stets ein Sachverständigengutachten betreffend das psychische Kindeswohl angefertigt werden, um eventuell latent vorhandene psychische Störungen zu erkennen. Die Zustimmung des Erziehungsberechtigten zur Begutachtung sollte dabei ersetzt werden können.

5. Das Sachverständigengutachten sollte so abgefaßt sein, daß es nicht nur eine Möglichkeit als richtig darstellt, sondern verschiedene Möglichkeiten mit ihren Vor- und Nachteilen aufzeigt, sowie Grundlagen, Schlußfolgerungen und Hypothesen des Gutachtens genau darlegt, um so dem Richter die notwendige Kontrollmöglichkeit zu bieten.

6. Ein Kind sollte vom urteilenden Gericht stets persönlich angehört werden.

7. Jedem Verfahren vor dem Vormundschaftsgericht ist ein Verfahrenspfleger zunächst als Beobachter beizuordnen, der bei Gefahr einer Interessenkollission zwischen Eltern und Kind zum Verfahrenspfleger des Kindes bestellt wird und dessen Rechte wahrnimmt. Ihm sollte auch ein eigenes Beschwerderecht zustehen. Ein Verfahrenspfleger sollte auch für Jugendliche, die das 14. Lebensjahr schon vollendet haben, bestellt werden können.

8. Vormundschaftsrichter sollten vermehrt in kinderpsychologischen Disziplinen aus- und weitergebildet werden.

9. Die Schaffung eines kompetenten und interdisziplinär ausgebildeten Fachanwalts für Familienrecht sowie eines großen Familiegerichts ist weiterzuverfolgen.

10. Die vormundschaftsgerichtlichen Verfahren sollten gestrafft und nach dem kindlichen Zeitbegriff ausgerichtet werden.

11. Da dem Vormundschaftsgericht keine Anordnungskompetenz in der Weise zusteht, daß daraus eine Leistungsverpflichtung der Leistungsträger entspringt, sollte der Gesetzgeber weitere Anspruchsgrundlagen für Hilfeleistungen schaffen.

12. Bei der Ergreifung der "erforderlichen Maßnahmen" im Rahmen des § 1666 BGB sollte die jeweils am wenigsten schädliche Alternative gewählt werden. Auch ein Verzicht auf eine an sich erforderliche staatliche Intervention ist möglich. Dann ist jedoch ein Vorgehen nach § 1696 Abs. 3 BGB geboten.

# Lebenslauf

Am 13.1.1962 wurde ich als zweites Kind des Pfarrers Gerhard Weiss und der Frau Dorothee geb. Mayer in Herrenberg geboren. Ich bin deutsche Staatsangehörige.

Ab Herbst 1969 besuchte ich zunächst in Sulzbach/Murr, seit Frühjahr 1971 in Ludwigsburg die Grundschule. Im Herbst 1972 wechselte ich in das mathematisch-naturwissenschaftliche Otto-Hahn-Gymnasium in Ludwigsburg über.

Dort legte ich am 22. Mai 1981 die Reifeprüfung ab und nahm zum Wintersemester 1981/82 das Studium der Rechtswissenschaft an der Eberhard-Karls-Universität Tübingen auf. Am 3. Juni 1985 bestand ich in Tübingen nach sieben Fachsemestern die Erste Juristische Staatsprüfung.

Am 29. Mai 1985 schloß ich mit Herrn Ulrich Frey die Ehe.

Seit 1.1.1986 bin ich als wissenschaftliche Angestellte bei der Universität Tübingen, Lehrstuhl Prof. Dr. W. Münzberg, beschäftigt.